



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO – ICPD

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

LEONARDO ROMERO MARINO

**RESPONSABILIDADE FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA E
SUPERFATURAMENTO POR PREÇOS EXCESSIVOS**

Brasília

2015

LEONARDO ROMERO MARINO

**RESPONSABILIDADE FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA E
SUPERFATURAMENTO POR PREÇOS EXCESSIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Hector Valverde Santana.

Brasília

2015

MARINO, Leonardo Romero.

Responsabilidade financeira reintegratória e superfaturamento por preços excessivos.
Leonardo Romero Marino.

Brasília, 2015.

212 p.

ISBN

Dissertação de mestrado (Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2015.

1. Responsabilidade Civil. 2. Tribunal de Contas. 3. Contratos Administrativos. 4.
Superfaturamento.

LEONARDO ROMERO MARINO

**RESPONSABILIDADE FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA E
SUPERFATURAMENTO POR PREÇOS EXCESSIVOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Hector Valverde Santana.

Brasília, de de 2015.

Componentes da banca examinadora:

Prof. Dr. Hector Valverde Santana
(Orientador)

Prof. Dr.
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr.
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr.
Membro externo

RESUMO

A argumentação do estudo diz respeito à responsabilização, conduzida perante os Tribunais de Contas, pela irregularidade denominada de superfaturamento por preços excessivos em contratação com a Administração Pública. Busca-se averiguar se a responsabilização do particular pela prática de preços superiores aos de mercado pode ser considerada uma responsabilidade subjetiva ainda que não haja outros indícios de fraude ou conluio em processo licitatório. O tema é explorado a partir dos fundamentos da atividade de controle externo dos contratos administrativos. Demonstra-se que o julgamento de contas do agente público avalia os aspectos objetivos e subjetivos de sua conduta, que o controle sobre os contratos administrativos realiza-se indiretamente mediante aplicação de sanções aos responsáveis, e que a contratação a preços superiores aos de mercado é considerada um ato ilegítimo e antieconômico. A partir desse esforço, analisa-se a responsabilidade financeira, em sua forma sancionatória e em sua modalidade reintegratória, compreendida como espécie de responsabilidade civil e tendo como pressupostos o dano, a conduta antijurídica, e o nexo de causalidade. Após se definir a responsabilidade como dever sucessivo que surge da violação de dever originário, constata-se a dificuldade em classificá-la como responsabilidade contratual ou extracontratual. O núcleo do trabalho analisa os pressupostos de responsabilidade civil aplicados à responsabilidade financeira reintegratória. A inexistência de outros indícios de fraude à licitação implica dificuldades na caracterização desses pressupostos, pois não há norma jurídica impondo ao particular que forneça sua prestação por um determinado valor compatível com o praticado em outras transações similares. Identifica-se que a diferença entre o preço praticado e a medida representativa dos valores de mercado não pode por si mesma ser considerada um dano, enquanto produto de um contrato administrativo válido. É necessário preliminarmente questionar-se a validade desse contrato administrativo, para afastar a presunção de que sua realização tenha sido benéfica para ambas as partes. Uma vez constatada irregularidade na licitação ou na contratação, será possível a responsabilização daquele a quem a nulidade seja imputável, nos termos do art. 59, da Lei 8.666/1993. Examinam-se as distinções entre a responsabilização do agente público e do particular contratado, e a partir desse esforço conclui-se que a nulidade do contrato administrativo só deverá ser considerada imputável ao particular contratado quando este adotar conduta claramente tida como contrária ao Direito, como um ajuste ilícito com os demais licitantes ou com o agente público. Embora se extraia do ordenamento jurídico um interesse público por contratar a preços compatíveis com o mercado, esse interesse é violado pela ação culposa do particular, não pela oferta do licitante. Da análise da fundamentação de decisões selecionadas sobre o assunto, conclui-se também que a imputação pelo TCU de responsabilidade pelo superfaturamento de preços quando não há outros indícios de fraude é realizada, de modo dissonante de sua jurisprudência dominante, como uma modalidade de responsabilização objetiva baseada no instituto do abuso de direito. É necessário definir de forma mais adequada, porém, como a proposta com sobrepreço configuraria ofensa ao fim social do direito de liberdade econômica e concorrencial, à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Tribunal de Contas; Contratos Administrativos; Controle Externo; Superfaturamento.

ABSTRACT

This study concerns to liability, at Brazilian Court of Accounts, for “excessive prices” billing in government contracts. It aims to define whether the liability for charging more than market prices is a negligence or intentional rule of liability even when there is no other evidence of fraud or collusion in the bidding process. It explores the theme from the rationale of the external control of government contracts. It demonstrates that the Court of Accounts evaluates objective and subjective aspects of the public officers behave, accomplishes control over government contracts by applying sanctions to those responsible, and regards government payments grossly higher than market prices as an illegitimate and uneconomical act. From this effort, the study examines the financial public liability, in its punitive form and its compensation form, understood as a species of restitution damages that requires harm, negligence or intention, and causation. If liability is a successive duty that arises from breach of original obligation, it’s hard to classify the hypothesis as contractual or non-contractual. The core work analyzes the conditions applied to financial liability, showing that the absence of further evidence of fraud or bid rigging avoids its assumptions, since there is no rule of law that makes a hired individual obliged to provide utilities for a specific price, compatible with similar transactions prices. If the difference between the contract price and a representative measure of market prices is a product of a valid contract, it is not by itself an injury, and requires contract invalidation to remove the presumption that its achievement was beneficial for both parties. Only once detected irregularities in bid tendering or contracting it will be possible to sue the public officers or private individuals who caused the annulment, under article 59 of Federal procurement and government contracts act. The distinction between the public officer and the private-sector hired liabilities means that the annulment of a government contract should only be chargeable to a hired individual when his conduct is clearly illegal, as promoting collusion or corrupting a public officer. The public officer reckless action, not the bid tendering, harms the public interest to pay market prices for utilities. From the reasoning of selected decisions, the study concludes that the liability for overpriced contracts when there is no other evidence of fraud is as a species of strict liability based on civil law abuse of rights theory. Therefore, it goes against dominant Brazilian Federal Court of Accounts case law, which states that financial liability requires intent or negligence. It also needs to define appropriately how an overpriced proposal would configure such an offense toward the purpose of economic freedom rights, the objective good faith and morality.

Keywords: Civil liability; Court of Accounts; Government Contracts; Overpricing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
I. O JULGAMENTO DAS CONTAS PÚBLICAS E O SUPERFATURAMENTO POR PREÇOS EXCESSIVOS.....	8
I.1 A ATIVIDADE DE CONTROLE EXTERNO DAS CONTAS PÚBLICAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS	8
I.1.1 A atividade de Controle Externo das contas públicas pelos Tribunais de Contas e o julgamento de contas como instrumento de avaliação da conduta dos responsáveis	9
I.1.2 O controle dos Tribunais de Contas sobre os contratos administrativos	29
I.2. O SUPERFATURAMENTO POR PREÇOS EXCESSIVOS COMO FUNDAMENTO PARA JULGAMENTO PELA IRREGULARIDADE DE CONTAS.....	35
I.2.1 O sobrepreço e o superfaturamento por preços excessivos.....	35
I.2.2 O superfaturamento por preços excessivos como ato ilegítimo e antieconômico e fundamento do julgamento pela irregularidade de contas.....	41
I.2.1.1. A avaliação da economicidade e da legitimidade de contrato administrativo pelos Tribunais de Contas.	43
I.2.2.2 A utilização de preços referenciais como critério de avaliação da economicidade	51
II. A RESPONSABILIDADE FINANCEIRA POR SUPERFATURAMENTO DE PREÇOS EXCESSIVOS E OS PROBLEMAS EM SUA APLICAÇÃO	58
II.1 A RESPONSABILIDADE FINANCEIRA E SUAS MODALIDADES	58
II.1.1 A responsabilidade financeira reintegratória e a responsabilidade financeira sancionatória	58
II.1.2 A responsabilidade financeira contratual e a responsabilidade financeira extracontratual	72

II.2.	OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA POR SUPERFATURAMENTO DE PREÇOS EXCESSIVOS E OS PROBLEMAS EM SUA APLICAÇÃO	80
II.2.1	A dificuldade em se caracterizar o superfaturamento por preços excessivos em um contrato administrativo válido como dano ao erário	80
II.2.1.1	<i>O superfaturamento por preços excessivos como resultado de contrato administrativo</i>	<i>84</i>
II.2.1.2	<i>O interesse público de se contratar a preços compatíveis com os de mercado.....</i>	<i>101</i>
II.2.2	A definição do dever jurídico do agente público e a indefinição do dever jurídico do particular contratado.....	106
II.2.2.1	<i>O papel do agente público na formação da manifestação de vontade da Administração</i>	<i>108</i>
II.2.2.2	<i>A indefinição no dever jurídico do particular contratado no caso de superfaturamento por preços excessivos</i>	<i>118</i>
II.2.2.2.a	<i>A alegada desnecessidade de dolo para imputação de responsabilidade financeira</i>	<i>122</i>
II.2.2.2.b	<i>A responsabilidade financeira com base no simples recebimento de valores indevidos</i>	<i>126</i>
II.2.2.2.c	<i>As possíveis condutas do particular no superfaturamento por preços excessivos .</i>	<i>128</i>
II.2.2.2.d	<i>A presunção de culpa no superfaturamento por preços excessivos</i>	<i>132</i>
II.2.3	A dificuldade em caracterizar o nexo de causalidade entre o alegado prejuízo e a conduta do agente particular	142
III.	O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A RESPONSABILIDADE POR SUPERFATURAMENTO POR PREÇOS EXCESSIVOS SEM FRAUDE À LICITAÇÃO.....	154
III.1	A RESPONSABILIDADE FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA COMO MODALIDADE IMPRÓPRIA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA	154
III.1.1	Limites impostos pelo fim econômico e social do direito	160
III.1.2	Limites impostos pela boa-fé.....	165
III.1.3	Limites impostos pelos bons costumes	167
III.2.	AS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SELECIONADAS PARA ANÁLISE.....	169

III.3. ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES SOBRE SUPERFATURAMENTO POR PREÇOS EXCESSIVOS	174
CONCLUSÃO.....	193
REFERÊNCIAS	201

INTRODUÇÃO

Este estudo é dedicado à análise da responsabilização, conduzida perante o Tribunal de Contas da União, pela cobrança de preços superiores aos praticados em um mercado quando se realiza uma contratação com a Administração Pública, irregularidade denominada de superfaturamento por preços excessivos. O objetivo é demonstrar que, para que a responsabilização de um particular contratado por superfaturamento por preços excessivos seja considerada uma modalidade de responsabilização subjetiva, deve-se pressupor não apenas a prática de valores manifestamente superiores aos preços de mercado, mas também o envolvimento deste particular em fraude a procedimento licitatório. Nessa circunstância, a irregularidade do contrato administrativo será imputável não apenas ao agente público encarregado de verificar a economicidade da contratação, mas também ao particular que atuou de forma fraudulenta, procedendo-se à sua responsabilização solidária e evitando-se que obtenha proveito de uma conduta claramente considerada como ilícita pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, alcança-se interpretação que compatibiliza a proteção ao interesse público com a garantia de direitos individuais, conferindo-se maior previsibilidade e segurança à atividade de controle externo das contas públicas.

A investigação é motivada pelo questionamento sobre a fundamentação jurídica utilizada pelos órgãos de controle externo das contas públicas para considerar como contrária ao Direito a cobrança de uma determinada quantia pelo fornecimento de um bem material ou pela prestação de um serviço à Administração Pública contratante. É possível se considerar o pagamento de preços superiores aos de mercado como um dano ao erário, que deveria ser reparado pela imputação de um débito aos agentes responsáveis pela contratação? É adequado se entender a oferta de proposta em procedimento licitatório contendo valores superiores aos normalmente praticados como uma conduta em si mesmo reprovável, um erro de conduta, de modo a ensejar responsabilização na modalidade subjetiva?

A produção doutrinária brasileira a respeito do controle da economicidade dos contratos administrativos, entretanto, vem se concentrando sobre os limites da apreciação das decisões dos Tribunais de Contas pelo Poder Judiciário¹, ou sobre a existência de um poder dos órgãos de controle para sustar contratos administrativos impugnados, ou para determinar

¹ Nesse sentido: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008; MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011; e GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade Financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

cauteladamente que a entidade administrativa retenha pagamentos os quais seriam contratualmente devidos ao particular, mesmo sem anular a avença ou sustar a execução contratual². O presente trabalho, por sua vez, dedica-se a analisar a imputação de débito como uma modalidade de responsabilização, mediante o exame de seus pressupostos.

Esclarece-se, inicialmente, que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União³ estabelece de forma pacífica que a responsabilização em sede de controle externo deve possuir natureza subjetiva⁴, tendo como pressupostos o dano ao erário, uma conduta reprovável envolvendo dolo ou culpa, e o nexo causalidade entre o dano e esta conduta. Por outro lado, a jurisprudência da Corte de Contas também estatui que a responsabilização em sede de controle externo não exige o dolo em causar dano ao erário, somente culpa em sentido estrito⁵.

Além disso, quando se contrata com a Administração Pública, a cobrança de um preço superior em média aos valores praticados em um mercado é considerada um dano ao erário,

² Sobre o assunto, ver: SAAD, Amauri Feres. *Notas sobre o regime jurídico da precificação de obras públicas*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FGCP. Belo Horizonte, ano 10, n. 111. p. 64-83, mar. 2011; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2011; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. *Controle de preços nos contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 82. p. 15-48, nov./dez. 2013,

³ Para facilitar a compreensão do regime jurídico das Cortes de Contas, o Tribunal de Contas da União é adotado como paradigma. O estudo é focado na legislação federal, principalmente na Lei 8.443/1992, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, e as conclusões apresentadas nesse estudo devem ser adaptadas, no que couber, aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, nos termos do art. 75 da Constituição Federal de 1988.

⁴ Abrangendo qualquer hipótese de responsabilização em sede do Tribunal de Contas da União, veja-se o disposto no Acórdão TCU 3.854/2011 – 2ª Câmara, segundo o qual “Por sua vez, a responsabilização no âmbito dos processos no TCU é de natureza subjetiva para fins de ressarcimento ao erário (Acórdão 46/2001 - TCU - Plenário; Acórdão 33/2005 - TCU - Plenário; Acórdão 46/2006 - TCU - Plenário); sendo, portanto, necessária a comprovação da conduta omissiva ou comissiva, nexo de causalidade e resultado (art. 186 c/c art. 927 do Código Civil). Ausente a conduta, em especial o elemento culpa ou dolo, não há que se falar em pretensão de reparação do dano, pois ausente um dos pressupostos autorizadores da busca pela indenização (Acórdão 132/2010 - TCU - Plenário). Logo, embora remanesça a irregularidade, o recurso deve ser provido para que seja reformado integralmente o acórdão guerreado no sentido de afastar a responsabilidade do recorrente” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3.854/2011 – Segunda Câmara. TC 013.794/2004-5. Representação (Pedido de Reexame). Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 7 de junho de 2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2014).

⁵ “Tomada de contas especial. Responsabilidade. Operações bancárias irregulares. A má-fé e o dolo podem configurar agravantes em relação à apuração de responsabilidade por eventual dano causado aos cofres públicos, motivo por que esses elementos subjetivos devem ser sopesados na dosimetria de eventual multa a ser aplicada pelo TCU. Todavia, não há necessidade de conduta dolosa de agente, público ou privado, envolvido na malversação da aplicação de recursos públicos federais para emergir sua obrigação de reparar o dano causado, basta a presença de nexo entre a conduta do agente e o dano causado, além da inexistência de eventual excludente de responsabilidade. Contas irregulares. Débito e multa” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.952/2011 – 2ª Câmara. TC 024.232/2008-6. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. André Luís de Carvalho. Brasília, 29 de março de 2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 21 dez. 2014).

quando esta diferença: i) não puder ser justificada por razões técnicas⁶ e; ii) for “manifesta”, ou seja, superior a um percentual que retrate a variância esperada em qualquer contrato⁷. Uma contratação nesses moldes será considerada um ato ilegítimo e antieconômico de um gestor público, contrária ao Direito e fundamento para o julgamento pela irregularidade de suas contas, consoante o art. 16, inciso III, alínea “c”, da Lei 8.443/1992⁸. Ainda que a Administração Pública tenha formalmente consentido com esse preço mediante a celebração de contrato administrativo, a contratação será julgada como incompatível com o interesse público, por destinar ao particular contratado valores superiores aos que em tese deveriam estar disponíveis para a satisfação da necessidade pública em questão. Nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992, este julgamento pela irregularidade de contas conduz à responsabilização do gestor público e do particular contratado, pois o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática desse mesmo ato, haja concorrido de qualquer modo para a prática do dano.

Na maioria dos casos, a responsabilização por superfaturamento por preços excessivos ocorre na presença de outros indícios de fraude ao procedimento licitatório, a partir dos quais é possível se questionar a validade do contrato administrativo. Entretanto, quando não são

⁶ “Tomada de Contas Especial. Responsabilidade. As empresas responsabilizadas em solidariedade para com parcelas de débito contribuíram para a concretização de dano ao erário ao receberem valores oriundos do convênio sem a efetiva prestação de serviços, ou com sua prestação a preços superfaturados. Fundamento amparado do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992. Contas irregulares. Débito. Multa.” (BRASIL Tribunal de Contas da União. Acórdão 3.907/2008 – 2ª Câmara. TC 013.070/1996-7. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 30 de setembro de 2008. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 14 Dez. 2014).

⁷ “Pedido de Reexame. Obra e Serviço de Engenharia. Contrato. Diferenças percentuais de preços em patamares reduzidos refletem variações normais de mercado, não sendo suficientes para caracterizar sobrepreço/superfaturamento. No caso de alterações contratuais, deve-se juntar, ao processo administrativo instaurado por ocasião do contrato e seus aditivos, as justificativas técnicas para os preços adotados para os serviços não previstos inicialmente na avença. Recurso provido parcialmente” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 752/2007 – Plenário. TC 006.160/2002-8. Relatório de Auditoria. Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, 2 de maio de 2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 14 Dez. 2014).

⁸ BRASIL. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Art. 16. As contas serão julgadas: I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável; II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário; III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: a) omissão no dever de prestar contas; b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos. § 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas. § 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária: a) do agente público que praticou o ato irregular, e b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. § 3º Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

detectados outros indícios de conduta fraudulenta ou colusiva dos licitantes ou de ajuste ilícito entre estes e o agente público, a desnecessidade de dolo para a imputação de responsabilidade financeira confunde-se com a possibilidade de se responsabilizar um particular contratado tendo como fundamento apenas a prática de um valor superior ao adotado como referência para representar os preços praticados em um mercado. Nesses casos, após se verificar que um agente público não cumpriu com sua obrigação de zelar pela economicidade da contratação e provocou um vício na formação do contrato⁹, a leitura inicial do art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992 conduziria à interpretação de que a responsabilização poderia ser estendida de forma solidária ao contratado sem a necessidade de uma análise detalhada de sua conduta¹⁰. Assume-se que o particular sabe quais são os preços praticados nos mercados em que atua, portanto teria demonstrado vontade livre e consciente de receber do ente público um valor superior ao que seria um “preço justo”. Uma vez que o dolo não seria um requisito para a responsabilização em sede de Controle Externo, esta seria possível ainda que o particular afirme não ter tido vontade em fraudar processo licitatório visando a auferir vantagem ilícita ou a prejudicar o ente público. O citado dispositivo legal informa apenas que o terceiro será

⁹ A natureza da responsabilização do agente público é exposta no Voto condutor do Acórdão TCU 67/2003 – 2ª Câmara, nos termos do qual “49. A responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal e no artigo 159 da Lei nº 3.071/16, segue a regra geral da responsabilidade civil. Quer dizer, trata-se de responsabilidade subjetiva. O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador público não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva. Esta, vale frisar, é responsabilidade excepcional, a exemplo do que ocorre com os danos causados pelo Estado em sua interação com particulares - art. 37, § 6º, da Constituição Federal. 50. A responsabilidade subjetiva, vale dizer, possui como um dos seus pressupostos a existência do elemento culpa.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 67/2003 – 2ª Câmara. TC 325.165/1997-1. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 6 de fevereiro de 2003. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2014).

¹⁰ Consoante o Acórdão 1.530/2008 – Plenário: “Tomada de Contas Especial. Responsabilidade. A responsabilidade solidária só surge da lei, do contrato ou da prática de ato ilícito. A responsabilidade dos administradores de recursos públicos é subjetiva e possui como um dos seus pressupostos a existência do elemento culpa. O Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixa a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. Contas irregulares. Débito solidário” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.530/2008 – Plenário. TC 003.179/2001-8. Tomada de Contas Especial. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 6 de agosto de 2008. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2014). No mesmo sentido, o Acórdão 2.006/2006 – Plenário dispõe: “Recurso de Revisão. Responsabilidade. Apuração da responsabilidade dos agentes privados. O TCU, ao julgar irregulares as contas de agentes públicos, fixará a responsabilidade solidária dos agentes privados e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. A responsabilidade dos agentes que gerem recursos públicos apurada pelo TCU é subjetiva. Conhecimento. Negativa de provimento. [...] A apuração da responsabilidade dos agentes privados relacionados demanda abordagem ligeiramente distinta. Decorre ela do que prescreve o comando contido na alínea 'b' do 2º do art. 16 da Lei nº 8.443/1992. Tal comando estipula que o TCU ao julgar irregulares as contas de agentes públicos, fixará a responsabilidade solidária desses agentes e 'b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.006/2006 – Plenário. TC 009.627/2000-8. Tomada de Contas Especial. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 1º de novembro de 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 2 jan. 2015).

responsabilizado quando de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado, o que teria feito ao ofertar proposta com preços significativamente superiores aos de mercado por ocasião do processo licitatório.

Entretanto, se a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo que surge para reparar o dano decorrente do descumprimento de um dever jurídico originário¹¹, questiona-se qual seria o dever violado pelo particular na hipótese de superfaturamento por preços excessivos, caso não sejam detectados outros indícios de um ajuste ilícito entre os licitantes ou entre um particular e o agente público. Pergunta-se, dessa forma, se a imputação de responsabilidade financeira¹² reintegratória ao particular que contrata com a Administração Pública em caso de superfaturamento por preços excessivos, quando não houver outros indícios de fraude ao procedimento licitatório, poderia ser considerada uma modalidade de responsabilização subjetiva.

Como hipótese inicial, considerando que a imputação de responsabilidade subjetiva pressupõe a violação reprovável de um dever jurídico do autor da conduta, afirma-se que as dificuldades na caracterização das premissas do superfaturamento por preços excessivos (dano ao erário, conduta culposa, nexo de causalidade) impedem que a eventual imputação de responsabilidade financeira reintegratória ao contratado seja classificada como uma modalidade de responsabilidade subjetiva, nos casos em que não haja outros indícios de fraude ao procedimento licitatório. Nessa hipótese, a responsabilização mostrar-se-ia incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal de Contas da União.

A pesquisa insere-se em um campo interdisciplinar, pois procura coordenar conteúdos concernentes ao campo do Direito Privado e do Direito Público, no intuito de analisar o objeto em suas características plurais. Os temas “responsabilidade” e “contrato” são analisados como institutos de Teoria Geral do Direito, considerando os fundamentos teóricos de cada uma e

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 24. Em sentido análogo, José Aguiar Dias destaca que a responsabilidade é termo complementar da noção de obrigação. Afinal, a verificação de que alguém atuou na forma indicada pelos cânones não acarreta obrigação nenhuma, traduzida em sanção ou reposição substitutiva da obrigação prévia. Desse modo, o que interessa, quando se fala de responsabilidade, é a violação da norma ou da obrigação diante da qual se encontrava o agente. (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 5).

¹² Ainda que a atividade de Controle Externo das contas públicas envolva a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, será utilizada a expressão “Responsabilidade Financeira” para designar a responsabilidade imputada pelos Tribunais de Contas. Afinal, a própria Constituição Federal, em seu artigo 163, inciso V, prevê que Lei Complementar disporá sobre a “fiscalização financeira” da Administração pública direta e indireta, como forma de sintetizar a fiscalização exercida pelos órgãos de Controle Externo. Nesse sentido: GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade Financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. p. 44-46.

aplicando-os à atividade de Controle Externo da Administração Pública. Trata-se de panoramas complementares, que dão tom interdisciplinar à pesquisa, por sua própria complexidade e natureza. Utilizam-se dados primários, como a legislação específica que norteia a atividade de Controle Externo e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, além dos estudos e análises já realizados sobre o tema, principalmente no que se refere à responsabilidade financeira e à contratação administrativa.

Como estratégia metodológica, realiza-se pesquisa teórica mediante coleta e análise de conteúdo da legislação e da jurisprudência, examinando-se o discurso da Corte de Contas sobre a matéria a partir da concepção do instituto da responsabilidade como imputação de dever jurídico sucessivo pela violação de dever jurídico originário. Trata-se de pesquisa jurídico-dogmática, que visa à avaliação de uma determinada estrutura no ordenamento jurídico a partir de seus elementos internos. Ressalta-se, porém, que o estudo não compreende o Direito de forma metodologicamente autossuficiente e busca abordar os institutos da responsabilidade e do contrato em uma perspectiva socioeconômica, de modo a entender a forma pela qual as partes envolvidas se comportam. A partir da identificação de similitudes e diferenças de normas e instituições pertencentes a sistemas jurídicos distintos (a responsabilidade financeira e a responsabilidade civil; o contrato e o contrato administrativo) e da decomposição do problema da responsabilização financeira por superfaturamento de preços excessivos em seus vários níveis, procede-se ao questionamento sobre a interpretação de uma norma jurídica (o art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992) e propõe-se uma alteração concreta em sua aplicação.

Como metodologia de apresentação do estudo, opta-se por iniciar expondo os fundamentos da atividade de Controle Externo da economicidade dos contratos administrativos. De modo a oferecer subsídios para a argumentação, apresenta-se a atividade do julgamento de contas como uma avaliação dos elementos objetivos e subjetivos da conduta de um gestor público, para em seguida se demonstrar que o controle dos contratos administrativos pelos Tribunais de Contas constitui uma atividade de fiscalização, não de revisão, baseada em grande parte na aplicação de sanções (art. 71, inc. VIII, CF/1988) aos responsáveis por sua celebração. De modo a delimitar adequadamente o problema proposto, caracteriza-se a hipótese de irregularidade sobre a qual incide a responsabilização objeto de Estudo, o “superfaturamento por preços excessivos”. Examina-se, então, o fundamento a partir do qual a Corte de Contas entende uma contratação a preços superiores aos de mercado

como um ato contrário ao Direito, hipótese de julgamento pela irregularidade das contas de um gestor público e de sua consequente responsabilização.

A partir desse pano de fundo, o estudo aborda a responsabilidade financeira em sua forma reintegratória, compreendida como espécie de responsabilização civil, com a qual compartilha os pressupostos dano, conduta antijurídica e o nexo de causalidade. Após se expor a dificuldade em classificá-la como contratual ou extracontratual, alcança-se o núcleo do trabalho, no qual se analisam os pressupostos de responsabilidade civil aplicados à responsabilidade financeira reintegratória por superfaturamento por preços excessivos. Demonstram-se as necessárias distinções entre a responsabilização do agente público e a do particular que concorre para o dano ao erário como contratado ou parte interessada na prática de ato ilegítimo ou antieconômico, e as dificuldades na caracterização desses pressupostos quando o superfaturamento por preços excessivos ocorre sem que sejam detectados outros indícios de fraude ao procedimento licitatório.

O terceiro capítulo encerra o estudo e se dedica à possibilidade de se fundamentar a responsabilização do contratado mediante a qualificação da oferta de proposta com preços manifestamente superiores aos de mercado como um ato abusivo, cometido pelo então licitante quando exercita sua liberdade econômica e contratual. Para testar as ideias apresentadas, foram selecionados¹³ alguns Acórdãos do Tribunal de Contas da União que versam sobre a hipótese em análise, de modo a demonstrar como a narrativa argumentativa é deslocada da prática de ato ilícito em sentido estrito, doloso ou culposo, para aquela segundo a qual o licitante abusaria de seu direito de formular a própria proposta comercial. O número de Acórdãos destina-se a permitir uma análise detalhada de sua fundamentação, de forma a evidenciar se a responsabilização pode ser caracterizada como subjetiva ainda que não haja outros indícios de fraude ao processo licitatório além do sobrepreço apurado.

Desse modo, a ideia subjacente ao trabalho é a construção de uma argumentação que pondere de forma adequada a tensão entre os direitos subjetivos do particular contratado e o controle da economicidade dos contratos administrativos, buscando uma interpretação que equilibre a proteção do interesse público, a estabilidade das relações contratuais e o fortalecimento da atividade de Controle Externo das contas públicas.

¹³ À exceção do Acórdão TCU 15/2002 – Plenário, escolhido por seu papel de Acórdão-paradigma citado em outras decisões, os Acórdãos foram selecionados a partir da Jurisprudência Sistematizada disponibilizada pelo próprio Tribunal de Contas da União em sua página eletrônica <www.tcu.gov.br>, na seção “Navegação em Árvore”, subseção “Obra e Serviço de Engenharia” e no campo “Superfaturamento”. As decisões são selecionadas e disponibilizadas pela Corte de Contas, e servem de paradigma para decisões futuras.

I. O JULGAMENTO DAS CONTAS PÚBLICAS E O SUPERFATURAMENTO POR PREÇOS EXCESSIVOS

A análise da imputação de responsabilidade pelos Tribunais de Contas em caso de superfaturamento por preços excessivos parte da constatação de que a atividade de Controle Externo das contas públicas envolve não apenas uma avaliação da exatidão das demonstrações contábeis do ente administrativo, mas também um exame da conduta do agente administrativo e dos demais envolvidos com a aplicação dos recursos públicos. Além disso, o processo de responsabilização pressupõe que determinada conduta é contrária ao Direito. Dessa forma, a partir dos fundamentos constitucionais e legais que amparam a imputação de responsabilidade pelo órgão de Controle Externo, compreende-se o mecanismo da aplicação de sanções pelo Tribunal de Contas da União e entende-se a razão pela qual o superfaturamento por preços excessivos é considerado uma conduta contrária ao Direito, de modo a ensejar responsabilização.

Nesse sentido, o presente capítulo tem como objetivo tanto (I.1) esclarecer a natureza da atividade de julgamento de contas pelo Tribunal de Contas e do controle que este exerce sobre contratos administrativos, quanto (I.2) analisar a qualificação pelo Tribunal de Contas da União do superfaturamento de preços como um ato ilegítimo e antieconômico contrário ao Direito e fundamento do julgamento pela irregularidade de contas.

I.1 A ATIVIDADE DE CONTROLE EXTERNO DAS CONTAS PÚBLICAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Considerando a abordagem adotada para o presente estudo sobre a responsabilização financeira reintegratória em caso de superfaturamento de preços, é necessário compreender a natureza da atividade de Controle Externo das Contas Públicas (I.1.1), de modo a caracterizar a atividade de julgamento de contas não como simples análise da correção de demonstrações contábeis, mas como avaliação dos elementos subjetivos e objetivos das condutas dos gestores públicos e dos demais agentes envolvidos na atividade financeira do Estado. O controle dos contratos administrativos pelos Tribunais de Contas mediante julgamento de processos de contas ordinárias ou especiais implica que seu exercício é realizado de forma indireta e *a posteriori*, mediante a aplicação de sanções previstas na Constituição e na

legislação aos gestores públicos e demais responsáveis (I.1.2), a depender da reprovabilidade das condutas dos agentes.

I.1.1 A atividade de Controle Externo das contas públicas pelos Tribunais de Contas e o julgamento de contas como instrumento de avaliação da conduta dos responsáveis

Inicialmente, cabe esclarecer que o julgamento dos chamados Processos de Contas (i.e. “julgamento das contas” dos gestores públicos) é uma dentre as diversas atribuições do Controle Externo, exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, mediante o desempenho de uma série de competências constitucionalmente estabelecidas. Sob a mira deste controle financeiro, encontra-se tudo o que diga respeito às finanças públicas, consideradas em sentido amplo¹⁴: a arrecadação de receitas, a realização de despesas públicas, bem como a gestão dos recursos do erário, com vistas à preservação do patrimônio público.

Também em sentido amplo, pode-se definir Controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, constituindo um poder-dever dos órgãos aos quais a lei atribui essa função, e abrangendo a fiscalização e a correção dos atos ilegais, e, em certa medida, dos atos inconvenientes e inoportunos¹⁵. Nesse sentido, compreende um conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos, por meio dos quais se exerce a fiscalização e a revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder¹⁶, dentre os quais está incluída a imputação de responsabilidade financeira reintegratória por superfaturamento de preços.

Importante ressaltar que o controle da Administração Pública é corolário do Estado de Direito, no qual a administração está vinculada ao estrito cumprimento da lei e ao atendimento do interesse público. Contudo, para que essa exigência seja eficaz, é necessário o estabelecimento de instituições que fiscalizem e imponham a observância da legalidade, servindo de óbice ao abuso de poder por parte da autoridade administrativa e visando a que

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 889.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 736.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 837.

sua atuação seja pautada pela defesa do interesse público¹⁷. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União é o órgão constitucional¹⁸ competente para exercer o controle da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos praticados pela Administração Pública Federal. Trata-se de um controle eminentemente técnico e jurídico, não político, razão pela qual as competências foram atribuídas a um órgão dotado de autonomia administrativa, financeira e funcional, e não ao próprio Congresso Nacional¹⁹. Como se depreende da leitura do artigo 70 da Constituição Federal, trata-se de fiscalização, comparação da conformidade de uma atividade com determinado parâmetro previamente estabelecido pelo ordenamento constitucional e legal, não de atividade de revisão²⁰. Constitui, assim, atividade complementar, que tem por finalidade a avaliação da atividade administrativa conforme um

¹⁷ MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 168.

¹⁸ A natureza constitucional do Tribunal de Contas, desvinculado de qualquer um dos três Poderes (mesmo do Legislativo), sua autonomia e o contexto da expressão “auxiliado” são explicados em artigo do Ministro Carlos Ayres Britto, do qual se entende oportuna a transcrição dos trechos mais relevantes quanto à questão: “Feita a ressalva, começo por dizer que o Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44, litteris: ‘O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal’. Logo, o Parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União. Da sua estrutura orgânica ou formal deixa de fazer parte a Corte Federal de Contas e o mesmo é de se dizer para a dualidade Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e natureza federada. [...] 3.1. Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia. Donde o acréscimo de ideia que estou a fazer: quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo ‘com o auxílio do Tribunal de Contas da União’ (art. 71), tenho como certo que está a falar de ‘auxílio’ do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro. 3.2. As proposições se encaixam. Não sendo órgão do Poder Legislativo, nenhum Tribunal de Contas opera no campo da subalterna auxiliaridade. Tanto assim que parte das competências que a Magna Lei confere ao Tribunal de Contas da União nem passa pelo crivo do Congresso Nacional ou de qualquer das Casas Legislativas Federais (bastando citar os incisos III, VI e IX do art. 71). O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II.” (BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 62-63). Em sentido análogo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto o classifica como órgão de matriz constitucional, ao qual são cometidas pela Carta Magna doze funções (art. 71, incisos I a XI e § 2º), desempenhando funções políticas que constituem expressões imediatas da soberania (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et al. *O Novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 104-105).

¹⁹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 1.086.

²⁰ Fiscalização é o poder de verificação que se faz sobre a atividade dos órgãos e dos agentes administrativos, bem como em relação à finalidade pública que deve servir de objetivo para a Administração. Revisão é o poder de corrigir as condutas administrativas, seja porque tenham vulnerado normas legais, seja porque haja necessidade de alterar alguma linha das políticas administrativas para que melhor seja atendido o interesse coletivo. Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 837. É comum, entretanto, utilizarem-se os termos “fiscalização” e “controle” como sinônimos.

conjunto de regras e princípios, não devendo o controlador fazer às vezes do administrador e realizar as tarefas que estavam sob a responsabilidade deste. A função do Controle é fiscalizar, detectar erros e falhas, e responsabilizar o administrador faltoso, mas não agir em seu lugar²¹.

Essa fiscalização pode constatar que a gestão dos recursos públicos foi de alguma forma ilegal, ilegítima ou antieconômica. Nessa hipótese, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, o Tribunal será competente para aplicar aos responsáveis as sanções previstas em lei, que estabelecerá multa proporcional ao dano causado ao erário e outras cominações (art. 71, inc. VIII, CF/1988), dentre as quais se encontra a condenação ao pagamento de dívida (atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora devidos) no valor do débito (art. 19, da Lei 8.443/1992).

Desde a Constituição de 1967 vigora no Brasil uma orientação no controle orçamentário e financeiro visando a substituir as meras verificações formais de comprovação da despesa pelo acompanhamento efetivo da conduta contábil e financeira da Administração, quer na execução do orçamento, quer no desenvolvimento dos programas de trabalho²². O “Julgamento de Contas” constitui atualmente uma avaliação de elementos objetivos e subjetivos da atuação do agente público, uma apreciação, sob o prisma dos princípios constitucionais da legalidade, da legitimidade e da economicidade, do conjunto dos atos administrativos praticados pelos responsáveis durante um exercício financeiro ou associados a uma determinada ocorrência específica²³. Essa afirmativa não se destina a demonstrar que as Cortes de Contas exerceriam “funções mais nobres” do que uma “mera função administrativa”²⁴, mas a reconhecer que a avaliação das contas de um gestor como “regulares” ou “irregulares” depende da consideração dos elementos subjetivos das condutas dos agentes envolvidos consoante critérios previamente definidos pela legislação específica, principalmente quando se examina evento específico em que se aponta a ocorrência de um “dano ao erário”.

Note-se que o texto constitucional traz previsão tanto quanto à natureza do controlador como quanto aos critérios que serão utilizados na atividade de controle, a exemplo da

²¹ MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 171.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 760.

²³ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 230.

²⁴ Segundo José Cretella Jr., esta estaria dentre as principais razões para se defender a atividade jurisdicional dos Tribunais de Contas. Ver: CRETILLA JUNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, n. 94, p. 183-198, abr./jun. 1987. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181721>. Acesso em: 13 dez. 2014. p. 183.

legalidade, da legitimidade e da economicidade. Quanto ao controlador, a Constituição prevê tanto o controle externo, realizado pelo Congresso Nacional, quanto o controle interno, mantido por cada um dos Poderes, para verificar a legalidade e a regularidade de seus próprios atos e apoiar o controle externo na respectiva missão institucional²⁵. Vale lembrar que o Congresso Nacional e suas casas exercem algumas competências de Controle de forma direta e exclusiva²⁶, denominadas de “controle político”²⁷, enquanto aquelas exercidas pelo Tribunal de Contas podem ser denominadas de “controle financeiro”²⁸. Em um sentido amplo, mesmo o controle judicial dos atos administrativos também é uma forma de “controle externo”, uma vez que os atos praticados por um órgão ou entidade administrativa estão sob o escrutínio de outro órgão público, no caso, pertencente ao Poder Judiciário²⁹. Entretanto, a atividade judicial de controle dos atos administrativos está sujeita a um regime distinto, que não será objeto de análise no presente estudo, que considera, para fins de terminologia, “atividade de Controle Externo” como aquela realizada, nos termos do art. 70 da CF/1988, pelo Congresso Nacional com a participação do órgão técnico – o Tribunal de Contas.

O fundamento da atividade de Controle Externo prevista no caput do art. 70 da Constituição Federal (controle financeiro) é descrito no parágrafo único do mesmo dispositivo, que estabelece a obrigação de prestar contas da aplicação de recursos públicos. Parte-se do princípio que a conduta do indivíduo que age em nome de uma coletividade³⁰

²⁵ BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

²⁶ BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...] IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta [...].

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 750; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 887.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 752; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 889.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 806; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 737; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 839.

³⁰ O regime republicano implica separação entre a propriedade dos recursos públicos e a administração destes por representantes dos proprietários, e esta separação entre propriedade e controle gera um problema de “agente e principal”. Em síntese apropriada, “Dizemos que há uma relação de agência sempre que há um

deve atender aos interesses públicos, não a interesses particulares³¹, mas seria inviável acompanhar esta atuação de forma minuciosa e a todo instante³². É mais racional, desse modo, exigir-se que esse agente preste contas de sua conduta, de modo a demonstrar que esta buscou maximizar o bem-estar da sociedade, não os próprios interesses ou os de outros particulares. A rigor, o dever de prestar contas é decorrência natural de toda e qualquer atividade de administração, considerada como gestão de bens e interesses de outrem, e é ainda mais evidente no caso do administrador público, que assume o caráter de um encargo para com a comunidade ao gerenciar bens e interesses coletivos³³.

Logo, a obrigação de prestar contas da própria atuação constitui dever jurídico originário, aplicável tanto a pessoas físicas quanto jurídicas, contanto que se enquadrem em uma das situações previstas no texto normativo: i) utilizar, guardar, gerenciar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos (ou pelos quais a União responda³⁴); e ii) assumir, em

arranjo entre pessoas no qual o bem-estar de um dos participantes depende daquilo que é feito por uma outra pessoa, também participante. O agente representa a pessoa atuante e o principal, a parte que é afetada pela ação do agente. [...] O problema da relação agente-principal está no fato de os administradores poderem procurar atingir seus próprios objetivos, mesmo que isso acarrete a obtenção de lucros menores para os proprietários” (PINDYCK, Robert S. RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002. p. 617). Há situações, assim, nas quais os interesses de ambos entram em conflito, o que pode ensejar um comportamento oportunista por parte do agente em detrimento dos interesses do principal.

³¹ Como é impossível criar uma legislação que possa especificar completamente as ações do agente em toda e qualquer contingência, deixa-se aos agentes do Executivo um grau significativo de discricionariedade. Mas os objetivos dos burocratas não são necessariamente os mesmos dos cidadãos ou dos políticos que estes elegem para representá-los: os burocratas podem querer maximizar sua autonomia ou a segurança de seu emprego, prestar favores clientelistas a amigos e aliados, evitar o cumprimento de suas funções, maximizar seus orçamentos ou simplesmente enriquecer, tudo isso à custa do público. Possuem informação privada sobre os benefícios e os custos de suas ações, e empreendem condutas que não podem ser observadas diretamente, mas apenas deduzidas dos resultados ou monitoradas a certo custo. Ver: PRZEWORSKI, Adam. *Acerca del diseño del Estado: una perspectiva principal-agente*. In: ARGENTINA. Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. *Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: retomando el debate de ayer para fortalecer el actual*. Buenos Aires: Proyecto de Modernización del Estado, 2011. Disponível em: <www.jefatura.gob.ar/archivos/pme/publicaciones/libro_acuna.pdf#page=138>. Acesso em: 12 jul. 2013. p. 153.

³² Uma das razões pelas quais é proibitivamente custoso acompanhar a todo instante a atuação dos agentes, é que eles evidentemente costumam dispor de mais informações sobre a própria atividade do que a coletividade em nome da qual eles atuam: “Se informações estivessem amplamente disponíveis e se a monitoração da produtividade dos trabalhadores não envolvesse custo, os proprietários de uma empresa poderiam estar seguros de que seus administradores e funcionários estariam trabalhando efetivamente. Entretanto, na maioria das empresas, os proprietários não têm condições de acompanhar tudo o que seus funcionários fazem – estes estão mais bem informados do que os proprietários. Essa assimetria de informações cria o problema da relação agente-principal” (PINDYCK, Robert S. RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002. p. 617). Por exemplo, em decorrência do elevado custo de monitoramento, os cidadãos não podem medir o empenho do servidor público, nem podem se certificar que o referido empenho gere sempre o mesmo nível de utilidade. Quando se torna impossível a medição direta do empenho pessoal, é mais eficiente se induzir os agentes a buscar alcançar os objetivos estabelecidos pelos principais com uma estrutura de incentivos capaz de recompensar o resultado obtido por altos níveis de empenho.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 111.

³⁴ A expressão “bens, dinheiros ou valores pelos quais a União responda” corresponde a bens que estão sob a responsabilidade da União, mas que não integram seu patrimônio. Por exemplo, cita-se a caução prestada por

nome da União, obrigações de natureza pecuniária. Salienta-se que uma eventual omissão nesse dever de prestar contas enseja responsabilidade apurada em processo de Tomada de Contas Especial – TCE (art. 16, inc. III, alínea “a”, da Lei 8.443/1992), e pode também caracterizar ato de improbidade administrativa (que atenta contra princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11, inc. VI, da Lei 8.429/1992). A omissão ainda configura hipótese de crime de responsabilidade contra a probidade na administração, conforme o art. 9º, inciso 2, da Lei 1.079/1950³⁵, crime de responsabilidade de prefeito municipal, nos termos do art. 1º, inc. VI e VII, do Decreto-Lei 201/1967³⁶, e, por fim, violação de princípio constitucional que pode justificar a intervenção de ente federativo em outro, segundo o art. 34, inc. VII, alínea “d”, e o art. 35, inc. II, ambos da Constituição Federal de 1988.

As competências do Tribunal de Contas da União³⁷ são determinadas, em sede constitucional, pelo art. 71 da Lei maior. É o seu exame que permite identificar a autonomia da Corte de Contas perante o Congresso Nacional, pois ainda que existam competências destinadas a auxiliar o Congresso³⁸ a exercer o “controle externo político”, as competências exclusivas do órgão técnico se desenvolvem de modo independente da atividade do parlamento. Nos termos do referido dispositivo, compete ao Tribunal de Contas, entre outras atribuições: i) apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contas de seu recebimento (inc. I); e (ii) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio

empresa contratada pela Administração Pública, nos termos da Lei 8.666/1993, para garantir a execução de um contrato, o qual, se este for adimplido, deverá ser restituído à empresa.

³⁵ BRASIL. Lei 1.079, de 10 de abril de 1950. “Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: [...] 2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior;”

³⁶ BRASIL Decreto-Lei 201, de 27 de fevereiro de 1967. “Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...] VI - deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município a Câmara de Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos; VII - Deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título;”

³⁷ O mesmo modelo costuma ser seguido pelas Cortes de Contas subnacionais, nos termos do art. 75 da CF/1988: “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros”.

³⁸ Por exemplo, realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, por iniciativa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito (art. 71, inc. IV) e prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas (art. 71, inc. VII, ambos da CF/1988).

ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (inciso II). O comando, abrangente, atinge agentes públicos como um todo, ordenadores de despesa ou não, contanto que tenham gerenciado recursos públicos ou *causado danos* ao erário em função de sua conduta como agentes da coletividade.

As contas prestadas anualmente pelo Presidente da República (“contas de governo”), que recebem apenas um parecer prévio por parte do Tribunal de Contas e são julgadas pelo Congresso Nacional (art. 49, inc. IX, CF/1988), são compostas por informações destinadas à avaliação global da gestão do Chefe do Poder Executivo, em termos político-econômicos. Já as “contas dos administradores”, por sua vez, são compostas por informações gerenciais e financeiras sobre a gestão daqueles que tinham a responsabilidade de ordenar despesas, adquirir insumos, celebrar contratos e zelar pelo patrimônio público, ou sobre a atuação daqueles que tenham dado causa a danos ao erário, elaboradas e fornecidas com o objetivo de possibilitar a formação de juízo de valor sobre as condutas em questão³⁹. Trata-se de competências completamente distintas, e é essa atividade de julgamento de contas dos administradores e demais responsáveis que pode levar à imputação de responsabilidade financeira reintegratória.

Entretanto, não obstante o emprego dos termos “julgar as contas” (art. 71, inc. II), “jurisdição em todo o território nacional” (art. 73), e “judicatura” (art. 73, § 4º, todos da CF/1988), a maioria dos doutrinadores entende que as funções do Tribunal de Contas não teriam natureza jurisdicional⁴⁰. Como premissa maior, o argumento parte da leitura do art. 5º,

³⁹ Para maiores detalhes sobre a diferença entre “contas de governo” e “contas de gestão”, ver FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 1.107; e FURTADO, José Ribamar Caldas. *Os regimes de contas públicas: contas de governo e contas de gestão*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, mar. 2007. Disponível em: <www.bidforum.com.br>. Acesso em: 12 dez. 2014.

⁴⁰ José Cretella Jr. destaca que “a Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa”. O autor salienta ainda que uma série de traços externos poderia levar estudiosos a outorgar aos Tribunais de Contas uma aparente função jurisdicional, o que seria inaplicável ao ordenamento jurídico brasileiro pela inexistência de contencioso administrativo: devido ao princípio de unidade de jurisdição, a aplicação contenciosa da lei ao caso concreto seria competência exclusiva do Poder Judiciário, dirimindo controvérsias entre as partes e entregando ao vencedor a prestação jurisdicional requerida. Ver: CRETELLA JUNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, n. 94, p. 183-198, abr./jun. 1987. p. 183. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181721>. Acesso em: 13 dez. 2014. Odete Medauar salienta que “Nenhuma das atribuições do Tribunal de Contas caracteriza-se como jurisdicional [...]; qualquer decisão do Tribunal de Contas, mesmo no tocante à apreciação de contas de administradores, pode ser submetida ao reexame do Poder Judiciário se o interessado considerar que seu direito sofreu lesão; ausente se encontra, nas decisões do Tribunal de Contas, o caráter de definitividade ou imutabilidade dos efeitos, inerentes aos atos jurisdicionais” (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas*. Revista de informação legislativa. Brasília, v. 27, n. 108. p. 101-126, out./dez. 1990. p. 125. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175815>. Acesso em: 12 dez. 2014).

inc. XXXV, da Constituição de 1988, o qual, ao postular que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, teria estabelecido o sistema de unidade de jurisdição. Como premissa menor, constata-se que o Tribunal de Contas não faz parte do Poder Judiciário, nos termos do art. 92 da Constituição Federal, impondo-se portanto a conclusão de que as decisões dos Tribunais de Contas não possuiriam o mesmo caráter de definitividade expressado na coisa julgada⁴¹, sendo elas passíveis de controle pelo Poder Judiciário⁴². Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão na qual asseverou que a inexistência de vinculação entre o decidido em processo de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa e o decidido em processo de Controle Externo, e que essa inexistência não se deve à simples independência das instâncias e à diferença dos fundamentos sob os quais se opera a responsabilização, mas sim pelo fato de a atividade do TCU ser revestida de caráter opinativo e meramente fiscalizadora, de onde resultaria o caráter técnico-administrativo e não judicante de suas decisões⁴³.

⁴¹ Hely Lopes Meirelles adota um conceito amplo de jurisdição, de modo a compreender a atividade dos Tribunais de Contas como jurisdicional, mesmo sem se defender a formação da coisa julgada em seu sentido estrito: “Não se empregue ‘controle jurisdicional’ em lugar de ‘controle judicial’. Jurisdição é atividade de dizer o direito, e tanto diz o direito o Poder judiciário como o Executivo e até mesmo o Legislativo, quando interpretam e aplicam a lei. Portanto, todos os Poderes e órgãos exercem ‘jurisdição’ mas somente o Poder judiciário tem o monopólio da jurisdição ‘judicial’, isto é, de dizer o direito com força de coisa julgada. Não se confunde, pois, o controle judicial, privativo do Poder judiciário, com o controle jurisdicional administrativo, exercido por qualquer outro órgão, inclusive do Poder judiciário em função administrativa” (MEIRELLES, Hely Lopes. *A Administração Pública e seus controles*. Revista de Direito Administrativo, v. 114. p. 23-33, 1973. p. 23. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewArticle/38799>. Acesso em: 20 dez. 2014).

⁴² MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 249. Em sentido análogo, Ricardo Lobo Torres, não obstante reconhecer que o Tribunal de Contas exerce alguns atos típicos da função jurisdicional com todos os requisitos materiais da jurisdição, também ressalta que o Tribunal de Contas, “do ponto de vista formal, não detém qualquer parcela da função jurisdicional, tendo em vista que as suas decisões não produzem a coisa julgada e podem ser revistas pelo Judiciário, ainda quando versem sobre matéria contábil” (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5. p. 489).

⁴³ “Processual Civil e Administrativo. Ação de Improbidade. Recebimento da inicial. Agravo de instrumento. Aprovação das contas pelo Tribunal de Contas da União. Art. 21, inc. II, da Lei nº 8.429/92. Não vinculação frente ao Poder Judiciário. Possibilidade de impugnação via Ação de Improbidade Administrativa. Falta de prequestionamento (arts. 267, incs. I e VI e 295, inc. I e Par. Único, incs. I e III, do Código de Processo Civil). Inovação em sede de Embargos de Declaração. 1. O Controle exercido pelo Tribunal de Contas, não é jurisdicional, por isso que não há qualquer vinculação da decisão proferida pelo órgão de controle e a possibilidade de ser o ato impugnado em sede de ação de improbidade administrativa, sujeita ao controle do Poder Judiciário, consoante expressa previsão do art. 21, inc. II, da Lei nº 8.429/92. Precedentes: REsp 285305/DF, Primeira Turma, julgado em 20/11/2007, DJ 13/12/2007 p. 323; REsp 880662/MG, Segunda Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 01/03/2007 p. 255; REsp 1038762/RJ, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009. 2. Deveras, a atividade do Tribunal de Contas da União denominada de Controle Externo, que auxilia o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, é revestida de caráter opinativo, razão pela qual não vincula a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa. 3. A doutrina sob esse enfoque preconiza que: *Assim, as decisões dos Tribunais de Contas não vinculam a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa, posto que são meramente opinativas e limitadas aos aspectos de*

Admitir, entretanto, que determinados atos dos Tribunais de Contas não devam ser objeto de alteração perante o Judiciário não é o mesmo que afirmar a invalidade do art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988⁴⁴. Salienta-se, ademais, que o Tribunal de Contas julga as contas dos administradores e demais responsáveis com todos os requisitos materiais da jurisdição: independência, imparcialidade, igualdade processual, ampla defesa, produção plena de provas e direito a recurso⁴⁵. A doutrina que atribui uma função jurisdicional aos Tribunais de Contas a compreende como uma exceção estabelecida pela própria Constituição Federal ao princípio de “unidade de jurisdição”. Para essa corrente, a Constituição de 1967 teria estabelecido duas “exceções restritas” ao monopólio do Poder Judiciário: o julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal e pelo Congresso Nacional, e julgamento das contas pelos Tribunais de Contas⁴⁶. O exercício dessa competência consistiria em “parcial exercício da função judicante”, pois o juízo sobre a regularidade das contas se tornaria simples

fiscalização contábil, orçamentária e fiscal. Devem, por isso, ser objeto de análise crítica do Ministério Público e dos demais co-legitimados ativos visando identificar, entre as irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas, se alguma delas realmente configura ato de improbidade administrativa. (Marino Pazzagli Filho in *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, pp. 78/79 e 220/221). [...] 6. A natureza do Tribunal de Contas de órgão de controle auxiliar do Poder Legislativo, decorre que sua atividade é meramente fiscalizadora e suas decisões têm caráter técnico-administrativo, não encerrando atividade judicante, o que resulta na impossibilidade de suas decisões produzirem coisa julgada e, por consequência não vincula a atuação do Poder Judiciário, sendo passíveis de revisão por este Poder, máxime em face do Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, à luz do art. 5º, inc. XXXV, da CF/88 [...] (grifos no original)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.032.732/CE. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 19 de novembro de 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 Dez. 2014).

⁴⁴ Ao contrário do que adverte Amauri Saad, segundo o qual essa interpretação implicaria a existência de uma “dualidade de jurisdição” e a invalidação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Nesse sentido, o autor considera inquestionável que os tribunais de contas não exercem qualquer parcela, por menor que seja, da jurisdição, que suas decisões não fazem coisa julgada e seriam amplamente passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, como quaisquer atos administrativos. Ver: SAAD, Amauri Feres. *O controle dos Tribunais de Contas sobre contratos administrativos*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. et. al. (coord.) *Direito Administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014. O posicionamento extremado, para contornar a aplicação do expressamente contido no art. 71 da Constituição Federal, alega estar evitando mera interpretação “literal” e “disparatada” de dispositivo legal escrito em “linguagem comum, não técnica”. Em sentido análogo, anteriormente, José Cretella Jr. já asseverava que “o emprego do verbo ‘julgar’ e dos substantivos ‘julgamento’ e ‘jurisdição’, em dispositivos constitucionais, induziu, primeiro, os membros dos Tribunais de Contas – ministros e conselheiros – ao erro, imaginando que os vocábulos tinham sido empregados com o mesmo sentido que têm na nomenclatura técnica do direito processual” (CRETELLA JUNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, n. 94. p. 183-198, abr./jun. 1987. p. 192. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181721>. Acesso em: 13 dez. 2014).

⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.5. p. 488.

⁴⁶ Conforme o art. 44, inc. I e II, c/c art. 47, inc. VIII, e o art. 71, § 4º, todos da CF/1967. Nesse sentido: “Duas exceções restritas admite a Constituição ao monopólio do Poder Judiciário, no que concerne à matéria contenciosa administrativa. [...] A segunda se refere ao julgamento da regularidade de contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos, atribuído ao Tribunal de Contas” (FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 139).

formalismo caso pudesse ser amplamente revisto pelo Poder Judiciário⁴⁷. A Constituição atual, de forma similar, também traria exceções ao monopólio jurisdicional por parte do Poder Judiciário previsto como regra em seu art. 5º, inc. XXV⁴⁸, dentre as quais estaria a natureza jurisdicional das decisões da Corte de Contas.

Dessa forma, o legislador constituinte teria expressamente deslocado tais competências do Judiciário para órgãos específicos, e o desempenho dessas funções também representaria uma manifestação do poder de dizer o Direito no caso concreto. Não teria ocorrido apenas uma elaboração displicente do texto constitucional, pois a Constituinte teria utilizado distintos vocábulos ora para restringir, ora para alargar as funções do Tribunal, ao empregar o termo “apreciar” para algumas tarefas, as palavras “fiscalizar”, “realizar inspeção e auditoria” para outras atribuições, e em apenas um caso, o termo “julgar”⁴⁹. Ressalte-se ainda que a Constituição também costuma atribuir a um determinado Poder as funções tradicionalmente atribuídas a órgãos integrantes dos demais, uma vez que os tribunais desempenham funções administrativas (art. 96, CF/1988), o Executivo desempenha funções

⁴⁷ “O Tribunal de Contas não aparece na Constituição como órgão componente do Poder Judiciário. Dele se trata no capítulo referente ao Poder Legislativo, do qual constitui, pelo menos por alguma das suas atribuições, órgão auxiliar. Não obstante isso, o art. 71, § 4º, lhe comete o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e dinheiros públicos, o que implica investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União) a corte de contas decide conclusivamente; os órgãos do poder judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo”. (FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 141-142). Anteriormente, Pontes de Miranda, em obra referente à Constituição de 1946, reconhecia a existência de uma jurisdição privativa do Tribunal de Contas: “Hoje, e desde 1934, a função de julgar as contas está claríssima no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as julgue depois. Trata-se de absurdo bis in idem. Ou o Tribunal de Contas julga, ou não julga [...] Tal jurisdição exclui a intromissão de qualquer juiz na apreciação da situação em que se acham, *ex hypothesi*, os responsáveis para com a Fazenda Pública” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. v. II. Rio de Janeiro: H. Cahen, 1947. p. 95).

⁴⁸ Podem ser citadas: 1) o julgamento de contas prestadas pelo presidente da República é competência exclusiva do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, inc. IX, da CF/1988; 2) o julgamento do presidente e do vice-presidente da República, nos crimes de responsabilidade, e dos ministros de Estado, nos crimes de mesma natureza conexos com aqueles é competência privativa do Senado Federal, cf. art. 52, inc. I; 3) processar os ministros do Supremo Tribunal Federal, o procurador-geral da República e o advogado geral da União, nos crimes de responsabilidade, é competência privativa do Senado Federal, cf. art. 52, inc. II; e 4) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário é competência do Tribunal de Contas da União, consoante o art. 71, inc. II, da CF/1988. Outra exceção trazida pela própria Constituição Federal está em seu art. 217, § 1º, segundo o qual “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”.

⁴⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 148. O autor, entretanto, não deixa de ressaltar que o Tribunal de Contas, como regra, não tem competência para dizer o direito no caso concreto, de modo definitivo, com força de coisa julgada; detém essa competência apenas de forma excepcional, por força do art. 71, inciso II, da Constituição Federal.

normativas e o Legislativo desempenha funções jurisdicionais (art. 52, inc. I e II). Modernamente, a separação de poderes não deve ser compreendida de forma absoluta, pois as competências são distribuídas pela Constituição entre distintos órgãos e entidades da Administração Pública, não entre Poderes⁵⁰.

Conforme essa concepção, minoritária, o Tribunal diria o Direito em matéria de responsabilidade financeira no caso concreto submetido à sua apreciação, aplicando normas e princípios de Direito Administrativo, de Direito Financeiro e, subsidiariamente, de outros ramos do Direito, de modo a caracterizar uma irregularidade, identificar o responsável e aplicar as sanções cabíveis. Além disso, segundo a hipótese, o Tribunal de Contas, solucionaria um conflito de interesses ao imputar responsabilidade financeira, uma vez que haveria uma pretensão da Administração Pública à recomposição do erário ou à aplicação da multa em decorrência de infração às normas de gestão, a qual seria resistida pelo responsável que pretende ver reconhecida a regularidade de sua gestão e obter quitação. A solução desse conflito entre a Administração e o agente público (ou particular responsável pela gestão de recursos públicos, ou ainda aquele que deu causa a prejuízo ao erário) seria atribuída a um sujeito imparcial, a Corte de Contas⁵¹. Suas decisões que imputam débito teriam caráter substitutivo, uma vez que o dano ao erário poderia ter sido espontaneamente reparado pelo responsável pela gestão dos recursos (cf. art. 12, § 2º, da Lei 8.443/1992)⁵².

⁵⁰ GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade Financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. p. 309-311.

⁵¹ A construção é compatível com a qualificação de “órgão de extração constitucional”, que impede que se considerem os Tribunais de Contas como “Tribunais administrativos”: colegiados pertencentes à estrutura do Poder Executivo, tais como o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Há também a conferência a seus membros das garantias normalmente atribuídas à magistratura, nos termos do art. 73, § 3º, da CF/1988. Entretanto, mesmo em relação aos processos de contas, o Tribunal não só recebe as Tomadas e Prestações ordinárias apresentadas, e as Tomadas de Contas Especiais instauradas pela própria Administração pública e a ele encaminhadas para julgamento: a instauração pode ocorrer também por determinação do próprio Tribunal, nos casos de omissão no dever de prestação de contas ou de inércia na instauração de TCE pelo gestor, nos termos do art. 8º, § 1º, da Lei 8.443/1992. Por fim, a TCE pode ser oriunda da conversão de processo de fiscalização iniciado pelo próprio Tribunal, quando forem detectados indícios ou evidências de dano ao erário, durante o desenrolar de outros instrumentos de controle externo (denúncia, representação, inspeção, auditoria e processos de registro de atos de pessoal). Conforme o art. 47 da Lei 8.443/1992: “Ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial, salvo a hipótese prevista no art. 93 desta Lei. Parágrafo único. O processo de tomada de contas especial a que se refere este artigo tramitará em separado das respectivas contas anuais”. Dessa forma, embora o Tribunal não atue como membro da Administração Pública Federal, não observa, em diversos casos, a inércia típica de órgão jurisdicional.

⁵² GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade Financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. p. 317. A tese, entretanto, merece reparos, por partir do princípio que a lide específica seria constituída e poderia ser individualizada pelos seguintes elementos: 1) as partes: os responsáveis, no polo passivo, e o Ministério Público de Contas, no polo ativo; 2) a causa de pedir: a infração à norma de gestão pública; e 3) o pedido: o ressarcimento do dano ao erário e/ou a

Embora em manifestação produzida em regime constitucional anterior, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre a questão, asseverando que o julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos seria exclusiva dos Tribunais de Contas, e só poderia ser alterada em caso de nulidade por irregularidade grave⁵³. Anteriormente, a Suprema Corte, ao julgar Mandado de Segurança no qual o impetrante pedia a revisão do mérito da decisão do TCU em julgamento de contas, já havia firmado o entendimento de que o Tribunal de Contas, quando da tomada de contas de responsáveis por dinheiros públicos, praticaria ato insuscetível de impugnação na via judiciária, a não ser quanto ao seu aspecto formal, ou ilegalidade manifesta⁵⁴.

Constatando a ofensa a princípios constitucionais de ordem pública (legalidade, contraditório, ampla defesa, devido processo legal), o órgão judicial deverá anular os atos processuais praticados após a violação, tornando necessário que o órgão de controle externo pratique novamente os atos processuais anulados e realize novo julgamento. Não seria legítimo ao órgão judicial, simplesmente, substituir um julgamento pela “irregularidade de contas” em um julgamento pela “regularidade de contas”, por expressa disposição constitucional, devendo contudo determinar a realização de novo julgamento, no qual não sejam cometidas irregularidades. Observa-se que mesmo a corrente que atribui natureza jurisdicional à atividade de julgamento de contas, por derivar de competência expressamente destinada com exclusividade aos Tribunais de Contas, reconhece que a revisão de suas

aplicação de multa (pretensão sancionatória). É verdade que o processo administrativo perante os Tribunais de Contas não configura simples “procedimento”, pois exige a atuação de diversos sujeitos distintos daquele a quem cabe tomar uma decisão (normalmente, o responsável, o interessado, e o Ministério Público de Contas), respeitando-se o contraditório e a ampla defesa (ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 233). O Ministério Público de Contas, entretanto, não apenas integra a própria estrutura do Tribunal de Contas (art. 80, da Lei 8.443/1992), como tem atuação distinta do Ministério Público que atua perante o Poder Judiciário, agindo principalmente como *custos legis*, não como representante processual da sociedade: emite pareceres e solicita medidas voltadas ao saneamento dos autos, como diligências, documentos, e inspeções (ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 258). Podem, é verdade, interpor os recursos previstos em lei (art. 81, inc. IV, da Lei 8.443/1992), hipótese na qual sua atuação mais se aproxima da de uma parte processual.

⁵³ “Mandado de segurança. Legitimidade ativa de pessoa jurídica, mesmo de Direito Público, superada pela praxe posterior, a interpretação restritiva de alguns Acórdãos (R.F. 140/275, R.T. 295/108, R.D.A. 70/302, 72/273). Recurso extraordinário. Terceiro prejudicado. Litisconsórcio necessário. Admissibilidade. RE 12.816 (1946), RE 14.747 (1949), RE 41.754 (1959), AG. 31.737 (1964). Tribunal de Contas. Julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos. Competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave (MS 6.960, 1959), ou manifesta ilegalidade (MS 7.280, 1960). Reforma do julgado anulatório de decisão dessa natureza, em que se apontavam irregularidades veniais. Ressalva das vias ordinárias” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 55.821/PR. Relator: Min. Vitor Nunes Leal. Primeira Turma. Brasília, 18 de Setembro de 1967. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014).

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 7.280. Relator: Min. Henrique D’Ávila. Tribunal Pleno. Brasília, 20 de Junho de 1960. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014.

decisões pode ocorrer em caso de ilegalidade manifesta ou erro formal, com a decretação de sua nulidade⁵⁵.

Em decisão mais recente⁵⁶, o STF reconheceu função de julgamento às Cortes de Contas, não relativamente às contas de governo do chefe do Poder Executivo, as quais o Tribunal de Contas somente aprecia e emite sobre elas parecer prévio e cujo julgamento é tarefa conferida ao Poder Legislativo, mas sim no julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos⁵⁷. O Ministro Relator: manifestou em seu voto que em relação às contas dos administradores e demais responsáveis, a atuação dos Tribunais de Contas não se resume à opinar sobre as contas (como acontece no caso das contas de governo prestadas pelo Chefe de Poder), mas alcança a natureza de julgamento⁵⁸.

Posição intermediária é aquela segundo a qual os julgamentos dos Tribunais de Contas estão permeados por algumas características de jurisdição, por buscarem a subsunção de fatos e pessoas às normas constitucionais e legais, mediante a utilização de critérios objetivos. Nesse sentido, as avaliações sobre a gestão contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional – isto é, o julgamento pela regularidade ou irregularidade das contas – teriam a força e irretratabilidade das decisões judiciais com trânsito em julgado⁵⁹. Embora continue a

⁵⁵ MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 252. No mesmo sentido FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 1.116.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 132.747/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, 17 de junho de 1992. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014.

⁵⁷ É de se ressaltar, entretanto, que o Acórdão versou sobre a impossibilidade de os Tribunais de Contas Estaduais julgarem as contas de prefeito municipal, uma vez que o julgamento de contas de governo do Chefe do Poder Executivo municipal configura competência reservada ao Poder Legislativo, nos termos do art. 31, § 2º, e em simetria com o art. 71, inc. I, ambos da CF/1988.

⁵⁸ “Nota-se, mediante leitura dos incs. I e II do art. 71 em comento, a existência de tratamento diferenciado, consideradas as contas do Chefe do Poder Executivo da União e dos administradores em geral. Dá-se, sob tal ângulo, nítida dualidade de competência, ante a atuação do Tribunal de Contas. Este aprecia as contas prestadas pelo Presidente da República e, em relação a elas, limita-se a exarar parecer, não chegando, portanto, a emitir julgamento. Já em relação às contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e às contas daqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para o erário, a atuação do Tribunal de Contas não se faz apenas no campo opinativo. Extravasa-o, para alcançar o do julgamento. Isto está evidenciado não só pelo emprego, nos dois incisos, de verbos distintos — apreciar e julgar — como também pelo desdobramento da matéria, explicitando-se, quanto às contas do Presidente da República, que o exame se faz ‘mediante parecer prévio’ a ser emitido como exsurge com clareza solar, pelo Tribunal de Contas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 132.747/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, 17 de junho de 1992. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014). O Ministro Celso de Mello aderiu ao Voto do Ministro Marco Aurélio de Melo. O Ministro Carlos Velloso, em seu voto, esclarece que o Tribunal de Contas, no que se refere ao art. 71, inciso II, “exerce jurisdição privativa”, enquanto o Ministro Octavio Gallotti, por sua vez, salienta em seu voto que “os Tribunais de Contas, [...] a par de suas atividades de auxiliar do controle externo exercido pelas Casas do Legislativo, têm, também, uma jurisdição própria e privativa”.

⁵⁹ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 69. O posicionamento é defendido por Carlos Ayres Britto, ainda que o autor não afirme que os Tribunais de

dispor que o julgamento pela regularidade ou irregularidade das contas deve ficar de fora do controle judicial por expressa disposição constitucional, a posição pode ser considerada intermediária por entender que os efeitos da decisão dos Tribunais de Contas sobre os direitos subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processo de contas, de modo diverso, estariam sujeitos à revisão pelo Poder Judiciário (por exemplo, por ocasião da impetração de habeas corpus, mandado de segurança⁶⁰ e habeas data contra atos do TCU, cf. art. 102, inc. I, alínea “d”, CF/1988). Essa interpretação permite que o órgão judicial venha a elidir um responsável da imputação de débito, da aplicação das multas e das demais sanções, mas não do juízo pela irregularidade das contas e seus demais efeitos reflexos⁶¹.

Além de estabelecer o escopo da revisão das decisões dos Tribunais de Contas pelo Judiciário, a posição intermediária em questão tem uma consequência mais importante para o objeto do presente trabalho, ao impedir que as deliberações sejam realizadas mediante o simples exame de conformidade de peças contábeis, sem a efetiva avaliação sobre a conduta do agente público (e do particular interessado ou contratado). O moderno processo administrativo, inspirado pelos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, permite à Corte de Contas estabelecer juízo sobre a conduta dos agentes responsáveis por bens e dinheiros públicos, não havendo óbice a que o Tribunal de Contas avalie os elementos objetivos e subjetivos da conduta do agente quando do julgamento de suas contas⁶². Dessa forma, a Constituição não está se referindo aos “demonstrativos contábeis do setor público”⁶³ quando menciona “julgar as contas”, mas sim aos processos de contas⁶⁴ definidos em legislação específica.

Contas exerçam função jurisdicional: “A função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componenciais desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 da *Lex Legum*; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código Político de 1988” (BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 68).

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.381-AgR, Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, 14 de junho de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jan. 2015.

⁶¹ Remessa de cópias da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis e a declaração de inexigibilidade, nos termos do art. 1º, letra “g”, da Lei Complementar 64/1990, dos que tiveram suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, para as eleições que se realizarem nos cinco anos seguintes contados a partir da data da decisão.

⁶² ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 255.

⁶³ De acordo com o art. 101 da Lei 4.320/1964, “os resultados gerais do exercício serão demonstrados no Balanço Orçamentário, no Balanço Financeiro, no Balanço Patrimonial, na Demonstração das Variações Patrimoniais, além de outros quadros demonstrativos.” Dentre estes outros demonstrativos, estão ainda o Balanço Patrimonial, o Demonstrativo dos Fluxos de Caixa, a Demonstração do Resultado Econômico e a Demonstração das Mutações no Patrimônio Líquido, nos termos do Manual de Contabilidade Aplicada ao

O Supremo Tribunal Federal, atualmente, enfatiza o caráter de título executivo da decisão proferida pelo órgão de Controle Externo, uma vez que a decisão do Tribunal de Contas que impute débito ou aplique multa a responsável, publicada no Diário Oficial da União, torna a dívida líquida e certa e tem eficácia de título executivo (consoante o art. 71, § 3º, da CF/1988 e o art. 24 da Lei 8.443/1992). Embora o Tribunal de Contas não execute suas decisões, a decisão do Tribunal é bastante para a cobrança judicial, não sendo necessária a inscrição em dívida ativa caso o débito ou a multa imputados não forem recolhidos no prazo estabelecido⁶⁵.

Recentemente, o STF lidou com a questão em recurso movido contra uma decisão a qual não só afirmava a função judicante das Cortes quando do julgamento das contas, mas também defendia a impossibilidade de revisão da decisão pelo Judiciário⁶⁶. O Tribunal de origem não admitiu o Recurso Extraordinário, sob o fundamento de que a questão já teria sido resolvida pelo STF quando este decidira pela eficácia de título executivo das decisões dos Tribunais de Contas. No STF, o Relator, também negando seguimento a recurso, considerou

Setor Público. Ver: BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público*. 6. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2014. Disponível em: <www.tesouro.fazenda.gov.br/mcasp1>. Acesso em: 05 jan. 2015.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU n. 63, de 1º de setembro de 2010. Art. 1º. Parágrafo único: Para o disposto nesta instrução normativa, considera-se: I. Processo de Contas é o processo de trabalho do controle externo, destinado a avaliar e julgar o desempenho e a conformidade da gestão das pessoas abrangidas pelos incisos I, III, IV, V e VI do art. 5º da Lei nº 8.443/92, com base em documentos, informações e demonstrativos de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, obtidos direta ou indiretamente.

⁶⁵ Em nome do princípio da simetria, as decisões de todos os Tribunais de Contas que imputam condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades são títulos executivos, não apenas as do Tribunal de Contas da União, como poderia se afirmar após leitura apressada do art. 71, § 3º, da CF/1988. A questão foi pacificada por ocasião do julgamento do RE 223.037/SE, em 2002. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 223.037/SE. Relator: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Brasília, 2 de março de 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014.

⁶⁶ “APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXECUÇÃO ALICERÇADA EM CERTIDÃO DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS COM IMPUTAÇÃO DE DÉBITO. EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO (ART. 71, PARÁGRAFO 3º DA CF) AGRAVO RETIDO. CASO DE DESPROVIMENTO. A certidão de decisão do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito tem eficácia de título executivo (CF – art. 71, parágrafo 3º). O artigo 71, inciso II da Constituição Federal comete aos Tribunais de Contas o julgamento da regularidade das contas dos administradores, o que implica investi-lo no exercício de função judicante; e quando decide, o faz conclusiva e definitivamente sem dar lugar à nova apreciação do Judiciário. A definitividade do pronunciamento do Tribunal de Contas repercute na execução para cobrança do valor da irregularidade ou da ilegalidade da despesa, notadamente por não ensejar discussão sobre a liquidez da dívida, ainda que arguida em embargos, seja porque implicaria na reabertura do processo de tomada e julgamento das contas o que é impensável, pena de torná-lo inútil formalismo, seja porque para o mister carecem de jurisdição os órgãos do Poder Judiciário. Dentre as atribuições dos Tribunais de Contas está a de aplicar sanções previstas em lei aos responsáveis por ilegalidade da despesa ou irregularidade das constas (CF – art. 71, VIII). Cuida-se de competência exclusiva que se insere no poder de fiscalização dos atos de gestão da coisa pública com vistas à observância dos princípios e das normas de administração. Agravo retido e apelo desprovidos. Unânime” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70027605575. Relator: Des. Genaro José Baroni Borges. 21ª Câmara Cível. Porto Alegre, 18 de março de 2009. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014).

que a decisão original agravada estaria em “perfeita consonância com a jurisprudência pacífica” da Suprema Corte. Ainda inconformado, o recorrente opôs Embargos de Declaração, os quais foram recebidos como Agravo regimental, tendo lhe sido negado provimento pela Corte, ocasião na qual o Relator: esclareceu que o Acórdão original havia enfrentado a questão da impossibilidade de o Judiciário reapreciar julgamento de contas realizado por Tribunal de Contas, e que tal decisão estaria de acordo com a legislação vigente⁶⁷.

Essa conclusão é suficiente para o estudo em questão: em função da análise dos elementos subjetivos e objetivos da atuação do agente público e demais responsáveis, existe a possibilidade de o Tribunal de Contas impor condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de recursos públicos, após a constatação de que determinado ato foi contrário ao Direito e considerado lesivo ao erário. Tal decisão condenatória terá a eficácia de título executivo, ainda que extrajudicial, e deverá ser alterada pelo Poder Judiciário em caso de ilegalidade manifesta (violação aos princípios constitucionais da legalidade, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal), hipótese na qual deverá ocorrer a prolação de outra decisão pelo Tribunal de Contas competente. Não haveria sentido a criação e a atuação de um órgão de extração constitucional, constituído de complexa estrutura, se ele pudesse produzir apenas decisões frágeis, passíveis de desconstituição e alteração por qualquer instância, bastando que seu entendimento se entendesse incorreto sob qualquer fundamento⁶⁸. Admitir que matérias de fato e de direito examinadas por Tribunais de Contas possam ser completamente reexaminadas, em todos os aspectos, pelo Poder Judiciário, importaria em quebra de racionalidade do sistema e transferiria para o Judiciário a competência para julgar contas, violando o art. 71, inc. II, da CF/1988⁶⁹.

⁶⁷ “Embargos de declaração em agravo de instrumento. 2. Decisão monocrática. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Ausência de omissão. Acórdão recorrido enfrentou especificamente a questão. 4. Prestação jurisdicional concedida nos termos da legislação vigente. 5. AI-QO-RG 791.292 de minha relatoria, Pleno, DJe 13.8.2010. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. [...] Com efeito, ao contrário do alegado pelo agravante, não se constata ocorrência de qualquer omissão, uma vez que o acórdão recorrido enfrentou especificamente a questão referente à impossibilidade de o Poder Judiciário reapreciar julgamento das contas realizado pelo Tribunal de Contas estadual. Desse modo, observo que a prestação jurisdicional foi concedida nos termos da legislação vigente, apesar de a conclusão ter sido contrária aos interesses do agravante” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 824.688/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. Brasília, 19 de março de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 dez. 2014).

⁶⁸ GUERRA, Evandro Martins; PAULA, Denise Mariano de. *A função jurisdicional dos Tribunais de Contas*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 143. p. 36-54, jan. 2013. Disponível em: <bid.editoraforum.com.br/bid/PDI000.aspx?pdicntd=84238>. Acesso em: 29 dez. 2014.

⁶⁹ No mesmo sentido, Lucas Rocha Furtado postula que “Se a Constituição institui órgão de controle externo, a quem incumbe a função de fiscalizar a Administração Pública, atribuindo-lhe inclusive poderes sancionatórios,

Para adimplir com a obrigação de prestar contas (estabelecida pelo parágrafo único do art. 70 da CF/1988) e possibilitar a avaliação dos elementos objetivos e subjetivos da atuação do gestor público, os jurisdicionados devem submeter anualmente suas “contas” ao Tribunal, sob a forma de processos de contas. As “Tomadas de Contas” e “Prestações de Contas Ordinárias”⁷⁰ têm como finalidade a verificação da regularidade da gestão, relativamente a um exercício financeiro, dos recursos públicos que estavam em sua responsabilidade⁷¹. Estes processos deverão conter os elementos e demonstrativos que evidenciem a boa e regular aplicação dos recursos (considerando aspectos formais e de economicidade) e a observância às normas legais e regulamentares⁷², sendo organizadas pelos encarregados da contabilidade ou de controle interno de cada órgão ou entidade e encaminhadas para o julgamento pelo Tribunal de Contas⁷³. Por expressa disposição legal, o julgamento pela regularidade implica que foi constatada, “de forma clara e objetiva”, não apenas “a exatidão dos demonstrativos contábeis”, mas também “a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão” praticados pelo responsável (art. 16, inc. I, da Lei 8.443/1992).

é evidente que as decisões não estão no mesmo nível dos atos administrativos ordinários”. Ver: FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 1.115.

⁷⁰ Ressalte-se que o processo destinado ao julgamento das contas apresentadas pelos Chefes do Poder Executivo (cf. art. 84, inc. XXIV, da CF/1988), contendo os elementos (balanços gerais da União e no relatório do órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo sobre a execução dos orçamentos de que trata o § 5º do art. 165 da Constituição Federal, cf. art. 36, parágrafo único, da Lei 8.443/1992) que possibilitem um exame sobre a *gestão* do Presidente de República considerada como um todo, é denominado de “Contas de Governo da República”, não de “Prestação de Contas”. É organizada pelo sistema de controle interno, e acompanhado dos documentos comprobatórios das operações de receita e de despesa, para avaliação (pela Corte de Contas) e julgamento pela autoridade competente (Congresso Nacional), tratando-se dessa forma de processo distinto da “Prestação de Contas ordinária”, referente à gestão de uma entidade da administração indireta. O termo também é utilizado para a “Prestação de Contas da Gestão Fiscal”, relativamente às exigências realizadas pela Lei Complementar 101/2000, as quais também são encaminhadas pelos demais Chefes de Poder, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, nos termos do art. 56, da LC 101/2000. Também são encaminhadas ao Tribunal de Contas competente para a apreciação, mas visam a evidenciar o desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições, cf. o art. 58, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

⁷¹ BRASIL. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Art. 7º As contas dos administradores e responsáveis a que se refere o artigo anterior serão anualmente submetidas a julgamento do Tribunal, sob forma de tomada ou prestação de contas, organizadas de acordo com normas estabelecidas em instrução normativa. Parágrafo único. Nas tomadas ou prestações de contas a que alude este artigo devem ser incluídos todos os recursos, orçamentários e extra orçamentários, geridos ou não pela unidade ou entidade.

⁷² Nos termos do art. 194 do Regimento Interno do TCU (Resolução TCU 246, de 30 de Novembro de 2011), os processos de tomada ou prestação de contas ordinárias conterão os elementos e demonstrativos especificados em ato normativo, que evidenciem a boa e regular aplicação dos recursos públicos e, ainda, a observância aos dispositivos legais e regulamentares aplicáveis.

⁷³ Após ser submetida à análise e à certificação pelo órgão de auditoria interna, é encaminhada para pronunciamento do Ministro de Estado, ou de órgão da Presidência da República, Chefe de Poder ou autoridades a quem estes delegaram competências.

Além dos citados processos de contas ordinários, destacam-se as “Tomadas de Contas Especiais”, que oferecem interesse especial ao presente estudo por se tratarem de processos nos quais se apura a responsabilidade por ocorrência de dano ao erário federal, buscando “apurar fatos, quantificar o dano, identificar os responsáveis e se obter o respectivo ressarcimento”⁷⁴, cf. o art. 7º, da Lei 8.443/1992. Este tipo de processo, assim, não se destina à avaliação da conduta do gestor público durante um exercício financeiro como um todo, mas em um evento específico, no qual haja a possibilidade de ter sido cometido algum ato irregular e/ou lesivo ao erário. Normalmente, o processo é instaurado pela própria autoridade competente do órgão ou entidade jurisdicionada que verifica a ocorrência do dano, depois de esgotadas as providências administrativas internas com vistas à recomposição do erário. Posteriormente a essa “fase interna”, o processo é enviado para ser julgado pela Corte de Contas⁷⁵, onde se dará a citação dos agentes públicos e demais responsáveis para apresentarem suas alegações de defesa (art. 12, inc. II, da Lei 8.443/1992)⁷⁶.

Quando as alegações de defesa são analisadas, realiza-se uma avaliação da conduta do jurisdicionado. Mesmo que essas alegações venham a ser rejeitadas, caso constatada boa-fé e se não houver outra irregularidade grave, será concedido novo prazo para liquidação do débito, cuja realização sanará o processo⁷⁷. Esta é uma das hipóteses de julgamento pela “regularidade com ressalvas”, que difere do julgamento pela “irregularidade” pelo fato de que o responsável pode ter cometido algum equívoco em sua gestão, mas não só agiu

⁷⁴ Segundo o Art. 2º da IN TCU 71/2012, Tomada de Contas /Especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento. No parágrafo único do dispositivo, entretanto, a Instrução define, “responsáveis” de forma circular, como as “pessoas físicas ou jurídicas às quais possa ser imputada a obrigação de ressarcir o erário” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU 71, de 28 de novembro de 2012).

⁷⁵ Acrescente-se que, em observância ao princípio da economicidade, o processo deve ser instaurado e encaminhado para julgamento apenas se o dano tiver um valor (atualizado) igual ou superior a certa quantia, atualmente fixada pelo Tribunal em R\$ 75.000,00, cf. art. 6º, da IN TCU 71/2012. Se o dano for de valor inferior, a autoridade administrativa federal competente deverá, após esgotar as medidas administrativas internas visando ao ressarcimento pretendido, providenciar a inclusão do nome do responsável no Cadastro Informativo dos Débitos não quitados de órgãos e entidades federais – CADIN e dar ciência ao responsável, cf. art. 6º e art. 8º, da IN TCU 71/2012.

⁷⁶ A disposição, a rigor, é aplicável a qualquer processo de contas, ordinárias ou especiais: acaso verificados indícios de irregularidade, o Tribunal deverá identificar e ouvir os responsáveis. Há apenas uma diferença terminológica: se houver indícios de dano ao erário quantificável (débito) o Tribunal ordenará a “citação” dos responsáveis, para apresentar “alegações de defesa” ou recolher a quantia em questão. Se não houver indícios de débito, determina-se a simples “audiência” do responsável, para que apresente “razões de justificativa”.

⁷⁷ BRASIL. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992: Art. 12. Verificada irregularidade nas contas, o Relator: ou o Tribunal: [...] II - se houver débito, ordenará a citação do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar defesa ou recolher a quantia devida; [...] § 2º Reconhecida pelo Tribunal a boa-fé, a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas.

reconhecidamente sem má-fé, como também envidou esforços para reparar a lesão ao erário em oportunidade que lhe foi concedida.

Além da hipótese de saneamento da irregularidade cometida de boa-fé, a outra situação de julgamento pela regularidade com ressalvas ocorre quando é encontrada alguma impropriedade, ou falta de natureza formal, da qual não tenha resultado dano ao erário (art. 16, inc. II, da Lei 8.443/1992). Nesse caso, o Tribunal dará quitação ao responsável e determinará a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de faltas semelhantes (art. 18, da Lei 8.443/1992).

Em sentido contrário, a irregularidade de contas configura juízo de valor desfavorável sobre a atuação do gestor público, considerando-a como reprovável (ilegal, ilegítima ou antieconômica). Poderá ser negativamente avaliada a conduta do agente: i) que haja se omitido no dever de prestar contas; ii) que tenha praticado a infração à norma contábil, financeira, orçamentária, operacional, ou patrimonial; iii) que haja praticado o ato apontado como ilegítimo ou antieconômico e causador de lesão ao erário; e iv) daquele apontado como praticante de desfalque ou desvio de dinheiros, bens e valores públicos (art. 16, inc. III, da Lei 8.443/1992). O julgamento pela irregularidade implicará que a conduta foi considerada contrária ao Direito, razão pela qual estará sujeita às sanções previstas na legislação específica, podendo resultar em medidas para a recomposição dos danos eventualmente causados e na aplicação de sanções punitivas (art. 19, da Lei 8.443/1992).

Dada a caracterização legal de cada um dos resultados (“regularidade”, “regularidade com ressalvas” e “irregularidade”), é impossível realizar o julgamento das contas nos termos do art. 71, inc. II, da CF/88 sem avaliar a conduta dos agentes. A afirmativa segundo a qual “o Tribunal de Contas julga contas, e não pessoas” não leva em consideração a processualística da atividade, ou confunde a apreciação das contas de governo do Chefe do Poder Executivo para posterior julgamento a Cargo do Congresso Nacional com o julgamento de contas dos agentes públicos e demais responsáveis, a cargo exclusivamente das Cortes de Contas⁷⁸. O

⁷⁸ Como faz Celso Ribeiro Bastos ao afirmar que “A não-jurisdicionalidade das suas decisões fica manifesta quando se leva em conta que não cabe a eles julgar as pessoas. Bastam somente as contas. Ora, esta é uma decisão técnica. As contas podem ser tidas por regulares e irregulares, mas, para que haja atividade jurisdicional é necessário que estejam presentes as partes. Só pessoas são julgadas; conseqüentemente a atividade do Tribunal de Contas é de natureza técnica facilitadora da deliberação final pelo Legislativo”. Ver: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 89-90. Ainda que as decisões, como vistas, não possam ser consideradas jurisdicionais em seu sentido tradicional, não é possível se afirmar que a decisão do Tribunal de Contas quanto às contas dos administradores públicos seja simplesmente facilitadora da deliberação final pelo Legislativo, nem que os interessados não estejam presentes.

entendimento segundo o qual o Tribunal simplesmente realizaria, de forma aritmética e lógica⁷⁹, a verificação da contabilidade administrativa⁸⁰ sobre a responsabilidade de cada administrador é incompatível não só com as hipóteses normativas de julgamento pela regularidade ou irregularidade dos processos de contas, mas também com a possibilidade de aplicação de sanções trazida pelo art. 5º, inc. IX, da CF/1988 e pelo art. 19 da Lei 8.443/1992⁸¹.

Importante ressaltar, portanto, que o processo de contas contempla três dimensões relevantes, necessárias ao cumprimento integral de seus fins: 1) o julgamento da gestão do administrador responsável; 2) a punibilidade de gestor eventualmente faltoso; e 3) a reparação do dano eventualmente causado ao erário⁸². A primeira trata do princípio republicano de informar o cidadão sobre como estão sendo utilizados os recursos públicos que, em sua maioria, foram obtidos mediante tributação; a segunda é de natureza sancionatória, decorrente do reconhecimento da ocorrência de irregularidade na gestão e da reprovabilidade da conduta; e a terceira tem natureza reparatória, exsurindo da constatação da ocorrência de dano ao erário e do nexo de causalidade entre este dano e os atos praticados pelo gestor. É esse terceiro aspecto que interessa ao presente estudo, e será abordado no Capítulo II.

É por essa razão que se dedica à caracterização do julgamento das contas do agente público e dos demais responsáveis por dano ao erário, em processo de Tomada de Contas

⁷⁹ “[...] Na expressão ‘julgamento das contas’, o vocábulo que grifamos é sinônimo do termo apreciação, empregado na expressão “apreciação dos atos que concedem aposentadorias reformas e pensões”. Fiscalizar ‘contas’, fiscalizar “atos” que concedem aposentadorias, reformas e pensões, é atividade aritmética e lógica, procurando-se enquadrar a *realidade fática* na *norma correspondente* (grifos do autor)” (CRETELLA JUNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, n. 94, abr./jun. 1987. p. 183-198. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181721>. Acesso em: 13 dez. 2014. p. 187). Cretella Jr. entende o julgamento de contas com uma simples verificação das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, concluindo, afinal, se as contas estão em ordem ou se houve “alcance”, termo (em desuso) que significa diferença para menos que pode ocorrer entre os valores públicos pelos quais é responsável o agente perante a Administração. Ver: CRETELLA JUNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, n. 94, abr./jun. 1987. p. 183-198. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181721>. Acesso em: 13 dez. 2014. p. 196).

⁸⁰ Conforme José Afonso da Silva, “não se trata de função jurisdicional, pois não julga pessoas nem dirime conflitos de interesses, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas. [...] Isso denota que o controle externo há de ser primordialmente de natureza técnica ou numérico-legal [...]. Julgar contas ou da legalidade de atos para registro, é manifestamente atribuição de caráter técnico” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 733 e 736-737).

⁸¹ BRASIL. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução. Parágrafo único. Não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas a, b e c do inciso III, do art. 16, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58, desta Lei.

⁸² CAVALCANTI, Augusto Sherman. *O processo de contas no TCU: o caso de gestor falecido*. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, n. 81. p. 17-27, jul./set. 1999. p. 17.

Especial, como uma avaliação de elementos objetivos e subjetivos da atuação do agente público, conforme os critérios da legalidade, legitimidade e da economicidade, conforme as circunstâncias de cada caso concreto, examinando-se a reprovabilidade e a eventual existência de excludentes de responsabilidade. Trata-se de premissa fundamental para a compreensão da responsabilidade financeira em qualquer hipótese, inclusive no superfaturamento por preços excessivos. A partir do fato que os Tribunais de Contas, quando do julgamento pela irregularidade de contas, são constitucionalmente competentes para a aplicação de sanções reparatórias e punitivas, e que esta decisão servirá de título executivo, não há como imputar essas sanções sem a avaliação da culpa ou do dolo do agente público e, eventualmente, do particular que tenha concorrido para o dano ao erário em questão.

Observe-se, porém, que em decorrência do próprio teor do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, particulares contratados não possuem “contas” a prestar. Sua responsabilização se dará em função da possibilidade de terem concorrido de algum modo para o cometimento do dano apurado, nos termos do art. 16, § 2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992. Trata-se do aspecto mais controverso do mecanismo de responsabilização, cujas dificuldades em sua aplicação são examinadas no Capítulo II do presente trabalho. O controle dos contratos administrativos pela Corte de Contas é examinado a seguir (I.1.2).

I.1.2 O controle dos Tribunais de Contas sobre os contratos administrativos

Até agora, o estudo dedicou-se principalmente ao exame da atividade de julgamento de contas dos administradores, dos demais responsáveis e daqueles que dão causa a prejuízo ao erário, pois é desse julgamento que pode exsurgir a responsabilidade financeira reintegratória (imputação de débito). Faz-se necessário, também, analisar o controle exercido pelos Tribunais de Contas sobre os contratos administrativos, pois é em sua celebração e execução que se observa a prática de superfaturamento por preços excessivos.

A realização (por iniciativa própria ou da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito) de inspeções e auditorias (fiscalizações) de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial é outra competência relevante dos Tribunais de Contas. Se verificada ilegalidade durante tais fiscalizações, compete ao Tribunal assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (art. 71, inc. IX) e, se não atendido, sustar a execução do ato

impugnado (comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, consoante o art. 71, inc. X, todos da CF/1988).

Ressalta-se que a atuação da Corte de Contas não pode envolver o controle direto dos preços praticados em contratos administrativos. Pela própria inexistência de hierarquia entre o administrador e o controlador, o controle não detém natureza política nem deve buscar substituir o administrador público, devendo constituir um controle de conformidade legal, operacional, patrimonial e financeira, não de conveniência e oportunidade do ato ou contrato administrativo. As dificuldades em delimitar os respectivos campos partem do entendimento, a partir da leitura do art. 70 da CF/1988, de que a economicidade e a legitimidade devam ser entendidas como critérios jurídicos, não integrando a conveniência e a oportunidade do gestor público⁸³.

Note-se que não está entre as competências expressamente previstas para o Tribunal a prerrogativa de realizar diretamente a alteração dos contratos celebrados, nem o poder de anulá-los⁸⁴ ou de convalidá-los, mesmo quando forem considerados ofensivos aos parâmetros de legalidade, legitimidade e economicidade previstos no art. 70 da Constituição Federal⁸⁵. A Constituição restringiu a possibilidade de fiscalização direta dos Tribunais de Contas à sustação de atos administrativos, isto é, a suspensão temporária dos efeitos do ato, até que a ilegalidade apontada seja corrigida. A sustação do contrato administrativo, por outro lado, é uma possibilidade restrita e excepcional, pela bilateralidade da relação entre a Administração Pública contratante e o particular contratado. Para contratos administrativos, o Tribunal simplesmente assinala prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias

⁸³ A caracterização do contrato administrativo celebrado a preços manifestamente superiores aos de mercado como ato antieconômico é objeto de análise no item I.2.2 do presente estudo.

⁸⁴ “Naturalmente, a possibilidade de sustação de um ato — competência, esta sim, titularizada pelo Tribunal de Contas — quando, apontada a ilegalidade, não é ela sanada no prazo assinado (CF, art. 71, IX e X), não se confunde com uma inexistente faculdade de declarar a nulidade de qualquer ato. Mesmo a sustação, nos casos em que admitida, não pode prescindir da observância do devido processo legal, notadamente quando o ato em questão houver criado situação jurídica subjetiva em favor de terceiros. Vale dizer: o Tribunal de Contas não tem, em qualquer hipótese, competência para invalidar um ato administrativo. Poderá, se for o caso, sustá-lo, mas, havendo direitos subjetivos envolvidos, terá de observar o devido processo legal, que há de incluir, por evidente, a audiência do interessado para a defesa do ato ou de sua posição jurídica. O arbítrio não é legítimo, mesmo quando exercido sob o manto da moralidade.” Ver: BARROSO, Luís Roberto. *Tribunais de Contas: algumas incompetências*. Revista de Direito Administrativo, n. 203, p. 131-140. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, jan./mar. 1996, p. 138.

⁸⁵ Nesse sentido: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2011; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. *Parâmetros para o controle dos contratos administrativos*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF. Belo Horizonte, ano 1, n. 1. p. 193-243, jan./jun. 2012; e SAAD, Amauri Feres. O controle dos Tribunais de Contas sobre contratos administrativos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. et. al. (coord.) *Direito Administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

ao exato cumprimento da lei (art. 71, inciso IX, CF/1988), com a indicação expressa dos dispositivos a serem observados (art. 45, da Lei 8.443/1992). Em regra, a sustação é competência do Congresso Nacional (art. 71, § 1º, CF/1988) e somente na hipótese de inércia do Poder Legislativo, caberá ao Tribunal de Contas decidir a respeito (art. 71, § 2º, CF/1988).

Nesses casos, é necessário ainda interpretar o que significaria a expressão “decidir a respeito”. O entendimento inicial seria que, quando ocorresse a omissão do Legislativo, caberia ao Tribunal de Contas determinar ele mesmo a sustação do contrato, interpretação esta adotada pelo art. 45, § 3º, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União⁸⁶. Parte expressiva da doutrina⁸⁷, por outro lado, defende que o art. 71, § 1º, da CF/1988 não teria pretendido transferir a prerrogativa de sustar o contrato ao Tribunal de Contas, sustentando que a “decisão a respeito”, a ser tomada em 90 dias sem manifestação do Legislativo, envolveria apenas as competências expressamente elencadas nos incisos do art. 71, dentre as quais a aplicação de sanções e o julgamento da (ir)regularidade das contas. É de se salientar que mesmo tal corrente, que rejeita interpretações expansivas das competências das Cortes de Contas, reconhece a possibilidade de aplicação de sanções e de imputação de débito em sede de Controle Externo, nos termos do art. 71, inc. VIII, da CF/1988⁸⁸, caso não haja a sustação do contrato potencialmente lesivo.

⁸⁶ BRASIL. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Art. 45 [...] § 3º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato. Essa é ainda a doutrina de Ives Gandra da Silva Martins, segundo o qual, a omissão do Congresso e do Executivo é punida com a transformação do órgão substituto (‘vicário’) em órgão principal, de sorte que o Tribunal de Contas passaria a ter as funções que antes pertenceriam ao Congresso ou ao Executivo, podendo sustar o contrato administrativo (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 4, t. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 75). No mesmo sentido: FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 197.

⁸⁷ Conforme José Afonso da Silva, “Se o Congresso ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não tomar providências, ou seja, silenciar, aí sim é que cabe ao Tribunal decidir a respeito. Outra questão deixada ao intérprete refere-se ao conteúdo dessa decisão, que, a nós, nos parece ser a da declaração da nulidade do contrato e eventual imputação de débito ou multa com eficácia de título executivo (art. 71, § 3º)” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 734). Já conforme Luís Roberto Barroso, “O § 2º do mesmo artigo prevê que ‘se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de 90 (noventa) dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito’. Decidirá, por certo, sobre a legalidade ou não do contrato e da respectiva despesa, para o fim de julgamento das contas do administrador. Não é razoável supor, à vista da partilha constitucional de competências vigente no Direito Brasileiro, que o Tribunal de Contas possa, sobrepondo seu próprio juízo ao do administrador e ao do órgão ao qual presta auxílio, sustar aquilo que o Executivo e o Legislativo entendem ser válido” (BARROSO, Luís Roberto. *Tribunais de Contas: algumas incompetências*. Revista de Direito Administrativo, n. 203, p. 131-140. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, jan./mar. 1996. p. 139).

⁸⁸ Evitando defender diretamente a inconstitucionalidade do art. 45, § 3º, da Lei 8.443/1992, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara concluem que referido texto legal “parece querer introduzir a ideia equivocada de que o TCU poderia, ele próprio, decidir se o contrato seria, ou não, sustado”. Entendendo que o regime de distribuição de competência teria sido fixado constitucionalmente, os autores sustentam que o dispositivo deve ser “interpretado em conformidade com a Constituição”. Ver: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho

Compreende-se dessa forma que a atuação do órgão de controle externo não deve se confundir com a de revisor dos atos e contratos administrativos celebrados pelos gestores públicos, como se fosse uma instância hierárquica superior: o órgão que fiscaliza não se confunde com o órgão ou entidade fiscalizada, não havendo subordinação mas exercício de prerrogativas constitucionais distintas, e aplicação de sanções quando constatada irregularidade de grave potencial ofensivo, sem excludente de ilicitude ou de culpabilidade que possam afastá-la.

Assim, a atuação dos Tribunais de Contas no controle de contratos administrativos se dá sobre os sujeitos, não sobre os objetos (isto é, sobre os contratos e sua execução), de forma que o Tribunal fiscaliza e adverte os gestores, e, quando entender devido, aplica-lhes sanções como a imputação de débito e a multa. A ação administrativa sofre pressão indireta, pois a Corte não tem poder constitutivo ou destrutivo e não toma decisões substitutivas dos atos da administração. Importante ressaltar que a fórmula busca equilibrar dois valores fundamentais: i) a existência de fiscalização, que forneça incentivos para que o gestor aja segundo a legalidade e com economicidade, e ii) a autonomia da Administração, necessária à democracia e ao cumprimento de suas missões, de modo a não colocar controladores no lugar dos gestores⁸⁹.

Caso detectado sobrepreço antes da celebração do contrato, é possível a expedição de determinação para que o agente administrativo adeque os preços constantes do orçamento com aqueles praticados pelo mercado, antes de se proceder à contratação. Tal intervenção continua constituindo uma intervenção indireta na relação contratual, pois ao determinar prazo para a correção, o Tribunal não estaria de fato adotando diretamente determinada providência, podendo a autoridade opor-se às conclusões do Tribunal caso considere que sua decisão esteja em conformidade com a lei e as demais normas aplicáveis⁹⁰.

Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 217.

⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 195.

⁹⁰ “Ao determinar prazo para a correção, o Tribunal de Contas não está, de fato, ordenando ou adotando diretamente determinada providência. O dispositivo constitucional é claro ao reservar, à própria autoridade administrativa responsável a competência de ajustar o ato impugnado à lei. E qual a razão dessa devolução do assunto à autoridade administrativa? É, de um lado, oportunidade para eventual alinhamento consensual entre controlado e controlador, no espírito de atuação colaborativa. Mas, de outro, é o espaço para, se assim entender, a autoridade resistir, opondo-se à avaliação e às conclusões do Tribunal, insistindo na legalidade do negócio e em sua continuidade. Porém, é indubitável que, diante da pronúncia do Tribunal de Contas no sentido da necessidade de adequar determinada prática contratual, haverá forte incentivo para o atendimento da medida por parte do responsável. Até porque, mesmo em matéria contratual, cabem a esse órgão externo de

Entretanto, quando o sobrepreço é detectado durante a execução contratual, a vedação do art. 71, § 1º da CF/1988 é parcialmente contornada mediante interpretação extensiva dos termos “ilegalidade” e “providências necessárias ao exato cumprimento da lei” (art. 71, inc. IX, da CF/1988), sendo comum se determinar ao agente público que “promova a repactuação de determinado preço unitário do contrato” e que “adote as providências necessárias com vistas ao ressarcimento” do que já teria sido pago a maior, por meio de “descontos em faturas vincendas, se houver saldo contratual”⁹¹. Embora a intervenção na relação contratual administrativa continue indireta, a determinação para que o agente público realize a glosa de valores considerados superfaturados pelo Tribunal poderá equivaler nesses casos a uma intervenção direta na relação contratual, postura criticada pela doutrina⁹². Afinal, mesmo que a determinação seja destinada a um agente público jurisdicionado que pode decidir não atendê-la, caso o Tribunal considere que a decisão tenha sido descumprida sem causa justificada, poderá ser sancionar o agente com a multa prevista no art. 58, inciso IV, da Lei 8.443/1992. Além disso, embora seja possível a aplicação de multas já durante processos de

controle o julgamento das contas da Administração pública e, no caso de irregularidades, a aplicação de sanções aos responsáveis. [...] O responsável pela despesa, em tais casos, considera que sua decisão é legítima, devendo ser integralmente mantida. O que ocorre, portanto, é a divergência entre Poderes sobre a legalidade da despesa impugnada. A autoridade administrativa – incumbida de aplicar a lei, em decisões que gozam de presunções de legitimidade – assume o ônus de divergir do órgão técnico de controle externo, e o faz por considerar que sua decisão está, sim, em conformidade com a lei e demais normas aplicáveis” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 200-202).

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3.134/2010 – Plenário. TC 006.551/2008-0. Relatório de Levantamento de Auditoria. Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, 24 de Novembro de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2014. Trata-se de procedimento comum na fiscalização de obras públicas, como visto também nos Acórdãos TCU 1.392/2010 – Plenário e 1.754/2013 – Plenário.

⁹² “Determinar a suspensão de pagamentos, obrigar à revisão de valores previamente acordados, mesmo que aparentemente não obrigue à suspensão integral do contrato, são medidas que, na prática, acabam tendo os mesmos efeitos da sustação. [...] Se um contrato de obra ou serviço continuado tivesse seus pagamentos retidos ou reduzidos por força de ordem do Tribunal de Contas, a consequência direta dessa intervenção possivelmente seria sua paralisação. Noutros termos, o contrato seria sustado. Nessas situações, haveria interferência direta do Tribunal de Contas na execução de contrato firmado pela Administração; medida que, de acordo com a divisão constitucional de competências, só poderia ser tomada pelo Legislativo. [...] A sustação de um contrato significa determinar que ele deixe de produzir seus efeitos regulares. Isso pode ser feito de modo direto, por meio de ordem clara para não mais dar cumprimento ao pacto, ou indireto, determinando-se a alteração de dada condição que, do ponto de vista prático, simplesmente inviabilize a consecução do que fora pactuado. Assim, a determinação da suspensão dos pagamentos relativos a um contrato ou da redução unilateral do valor pactuado, embora não represente uma ordem direta para sustar a execução, na prática, representa o mesmo, pois, se cumprida, o contrato tal qual firmado deixará de ser executado. Assim, o Tribunal de Contas não tem competência para determinar a suspensão liminar de pagamentos oriundos da execução do contrato, pois isso implicaria, indiretamente, a sustação do acordo, decisão reservada ao Congresso Nacional” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 205 e 219-220). No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, p. 15-48, nov./dez. 2013. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=99053>. Acesso em: 20 Mai. 2014.

fiscalização (cf. art. 43, parágrafo único, da Lei 8.443/1992)⁹³, caso haja indícios de que esse descumprimento tenha causado prejuízo ao erário, a fiscalização será convertida em processo de contas (TCE), para fins de responsabilização, cf. art. 47, da Lei 8.443/1992⁹⁴.

As considerações, até agora, envolveram contratos administrativos em vigor. A sustação de ato ou contrato e a realização de determinações com o objetivo de evitar irregularidades caracterizam controle prévio ou controle concomitante, dependendo do momento em que ocorram, previamente à celebração do contrato ou no decorrer de sua execução. O processo de responsabilização, por sua vez, acontece após o exaurimento dos efeitos do contrato administrativo com preços superiores aos de mercado e constitui uma etapa seguinte da atividade de Controle Externo, que ocorre quando as irregularidades não são corrigidas e o contrato não tem sua execução sustada, seja por decisão do Poder Legislativo, seja por decisão do Tribunal de Contas. Grande parte da atuação de Controle Externo corresponde ao julgamento de processos de contas ordinárias e TCEs, que possuem como objeto a análise de fatos já ocorridos e constituindo exemplos de controle *a posteriori*⁹⁵.

Não obstante, ao constatar a invalidade do ajuste, o TCU, com fundamento no artigo 71, inc. IX, da CF/1988, pode assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, determinando que a Administração: i) promova, assegurando o contraditório e a ampla defesa, a invalidação do procedimento licitatório e do contrato mediante parecer devidamente fundamentado, aplicando o artigo 49 da Lei de Licitações e Contratos; ii) promova a responsabilidade de quem deu causa à nulidade, consoante o art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, com a instauração da competente TCE a ser julgada pela Corte de Contas.

⁹³ BRASIL. Lei 8.443/1992, de 16 de julho de 1992. Art. 43. Ao proceder à fiscalização de que trata este capítulo, o Relator: ou o Tribunal: I - determinará as providências estabelecidas no Regimento Interno, quando não apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, ou for constatada, tão-somente, falta ou impropriedade de caráter formal; II - se verificar a ocorrência de irregularidade quanto à legitimidade ou economicidade, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa. Parágrafo único. Não elidido o fundamento da impugnação, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso III do art. 58 desta Lei.

⁹⁴ BRASIL. Lei 8.443/1992, de 16 de julho de 1992. Art. 47. Ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial, salvo a hipótese prevista no art. 93 desta Lei.

⁹⁵ Outros exemplos de controle *a posteriori* são a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal (excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão), bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões (ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório); a fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; e a apreciação das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio.

Entretanto, em uma postura pragmática, o Tribunal não declara formalmente a nulidade do contrato administrativo impugnado, nem entende necessário determinar ao administrador público competente que a realize, principalmente caso o contrato já tenha sido executado e seus efeitos financeiros tenham-se exaurido. Uma vez detectada alguma irregularidade no contrato, aplica-se o art. 16, inc. III e § 2º, da Lei 8.443/1992, imputando-se sanções aos responsáveis pela sua celebração. Esse procedimento continua configurando um controle indireto dos contratos administrativos, pois incide sobre apenas sobre os responsáveis por sua celebração, e além disso os contratos não estão sendo formalmente alterados, nem pela Administração Pública nem pelo órgão de controle externo.

Materialmente, entretanto, a atividade controladora, embora apoie suas decisões em princípios constitucionais, utiliza o mecanismo de imputação de responsabilidade para reverter parte dos efeitos patrimoniais de um negócio jurídico, alegando combater a irregularidade definida como “superfaturamento por preços excessivos”, definida a seguir (I.2).

I.2. O SUPERFATURAMENTO POR PREÇOS EXCESSIVOS COMO FUNDAMENTO PARA JULGAMENTO PELA IRREGULARIDADE DE CONTAS

A etapa seguinte do estudo se dedicará a delimitar o problema analisado: define-se o que constitui o “superfaturamento por preços excessivos” (I.2.1), tendo em vista analisar a imputação de responsabilidade em função de sua ocorrência. Embora não haja dispositivo legal expresso afirmando que o particular tenha o dever jurídico de, quando contratar com entidade da Administração Pública, oferecer proposta com valores não superiores aos preços de mercado, a contratação a preços manifestamente superiores aos normalmente praticados configura, segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo e antieconômico, de forma a ser considerado contrário ao Direito e fundamento de julgamento pela irregularidade das contas (I.2.2).

I.2.1 O sobrepreço e o superfaturamento por preços excessivos

Para a presente investigação, é necessário identificar a irregularidade cujo processo de responsabilização é submetido à crítica: o estudo tem como objetivo a responsabilização com

fundamento tão-somente na diferença entre o preço pago pelo ente público e o preço adotado como referência para representar os preços normalmente praticados por um determinado mercado definido como relevante⁹⁶ – ou seja, quando esse preço contratual é resultado de processo licitatório no qual não há indícios adicionais de fraude ou conluio entre o agente público e o particular. Adota-se, para a hipótese em questão, a denominação “superfaturamento por preços excessivos”, de modo a diferenciá-lo de outras situações fáticas substancialmente distintas.

Inicialmente, é preciso diferenciar os termos “sobrepço” e “superfaturamento”, que podem ser utilizados com o mesmo sentido, mas que, na atividade de Controle Externo, são empregados com significados diferentes. Em contratações públicas, considera-se haver sobrepreço quando o preço da obra ou serviço é injustificadamente superior ao preço do orçamento paradigma⁹⁷. Note-se, entretanto, que a irregularidade não é a existência do sobrepreço em si, a simples diferença entre o preço orçado e o preço considerado como praticado pelo mercado, e se materializa somente a partir da liquidação e do pagamento por serviços com sobrepreço ou por serviços não executados. Enquanto o sobrepreço “surge” quando da assinatura do contrato ou de um termo aditivo, o superfaturamento ocorre apenas com o pagamento de determinada parcela de um contrato com sobrepreço.

Existem diversas modalidades de superfaturamento⁹⁸, o que o transforma em um conjunto de práticas que tornam a proposta ou a execução do contrato mais onerosa para a administração, de qualquer forma que venha a ser considerada injusta. São considerados como lesivos ao erário, por exemplo: a) a medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; b) a deficiência na execução de obras e serviços de engenharia de que resulte diminuição de sua qualidade, vida útil ou segurança; c) pagamento de obras, bens e serviços por preços manifestamente superiores à tendência praticada pelo mercado ou

⁹⁶ Mercado relevante pode ser definido como sendo um “produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não-transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil*. 3. ed. São Paulo: CIEE, 2007. p. 23). Os sistemas oficiais referenciais de preços (SICRO e SINAPI, por exemplo) observam a dimensão espacial, oferecendo estatísticas regionalizadas para cada item da composição.

⁹⁷ Há sobrepreço global quando o preço global da obra é injustificadamente superior ao preço global do orçamento paradigma. De modo similar, há sobrepreço unitário quando o preço unitário de determinado serviço é injustificadamente maior que o respectivo preço unitário paradigma. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília, DF, 2011. p. 52.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília, DF, 2011. p. 52.

incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes; d) quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em desfavor da administração por meio da alteração de quantitativos e preços durante a execução; e e) alteração de cláusulas financeiras, gerando recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual ou reajustamentos irregulares⁹⁹.

A modalidade mais associada com o termo “superfaturamento” é aquela que se refere ao “superfaturamento por quantidade”, que envolve a medição e o pagamento por mercadorias ou serviços em quantidades superiores às que foram efetivamente executadas ou fornecidas. A modalidade engloba também a adoção de critérios inadequados para a medição dos serviços executados¹⁰⁰. É possível, também, que sejam fornecidos produtos de qualidade inferior ou que haja alguma deficiência na execução de obras e serviços de engenharia, resultando na diminuição da qualidade, da vida útil e da segurança dessas obras. Pode ocorrer ainda que os insumos utilizados na execução do serviço apresentem alteração qualitativa, em relação àqueles especificados nas composições de custo, modalidade conhecida como “superfaturamento por execução de serviços com qualidade deficiente”¹⁰¹. Haverá prejuízo ao poder público, assim, derivado do aumento esperado nos custos de reparo, da diminuição da vida útil do produto/serviço, ou mesmo da redução no valor presente líquido decorrente do adiamento ou da paralisação da operação¹⁰². Essas duas categorias configuram claramente dano ao erário, mediante descumprimento de contrato administrativo.

O problema desse trabalho se refere, entretanto, à modalidade de superfaturamento que envolve pagamento de produtos e serviços a preços superiores, em média, aos praticados pelo mercado, ou incompatíveis com os constantes em tabelas referenciais de preços. Essa modalidade é conhecida como “superfaturamento por preços excessivos”, ou simplesmente “superfaturamento de preços”¹⁰³, na qual se realiza uma comparação entre os preços contratados e os respectivos preços de referência, valores que a administração alega que deveria ter pago no lugar daqueles efetivamente desembolsados. O cálculo desse

⁹⁹ LOPES, Alan de Oliveira. *Superfaturamento de Obras Públicas: estudo das fraudes em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Livro Pronto, 2011. p. 60.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília, DF, 2011. p. 61.

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília, DF, 2011. p. 62.

¹⁰² É possível, também, que o orçamento original tenha previsto um método executivo claramente ineficiente, antieconômico, ultrapassado ou contrário à boa técnica da engenharia. Nesse caso, uma eventual adoção de método mais racional e econômico deverá ser acompanhada de reequilíbrio econômico-financeiro, compartilhando os ganhos de produtividade entre o contratado e a contratante.

¹⁰³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília, DF, 2011. p. 63.

superfaturamento resulta do somatório das diferenças entre os preços medidos e os preços adotados como paradigma, multiplicados pelos respectivos quantitativos.

Observe-se que tal fórmula de cálculo acaba por abranger tanto o superfaturamento devido a preços que já estariam presentes na versão original do contrato administrativo quanto o chamado “superfaturamento por jogo de planilha”¹⁰⁴. Trata-se daquele decorrente do rompimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em desfavor da administração, por meio de alterações contratuais que impliquem mudanças qualitativas (inclusão ou exclusão de determinados serviços) ou quantitativas. Nos termos da Decisão TCU 1.090/2001 – Plenário, essa modalidade de superfaturamento de preços ocorre quando um licitante é contratado porque sua proposta é aparentemente a mais vantajosa para a Administração (a previsão para o custo global da obra ou serviço é inicialmente compatível com os valores praticados pelo mercado), mas nela estão embutidos alguns componentes cujo custo unitário está fixado em um valor superior ao respectivo preço de mercado¹⁰⁵.

Após o objeto ter-lhe sido adjudicado, o contratado utiliza os mecanismos da Lei 8.666/1993 para elevar os quantitativos desses itens ou para acrescentar serviços cujos preços de serviço são superiores aos preços de mercado, afetando a vantagem originalmente pactuada¹⁰⁶. Haverá “jogo de planilha” quando o conjunto probatório constante dos autos

¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília, DF, 2011. p. 63.

¹⁰⁵ “Pode ocorrer na contratação de obras públicas, em regime de empreitada por preço unitário, que haja determinados itens com preços superfaturados, embora o preço global da obra seja compatível com o de mercado. Esses itens superfaturados, no decorrer da execução da obra, podem ter seus quantitativos aumentados mediante aditivos contratuais – é o chamado jogo de planilha. Assim, o custo global da obra fica em desacordo com o de mercado, arcando a União com prejuízo” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 1.090/2001 – Plenário. TC 004.874/2001-4. Levantamento de Auditoria. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 20 de Janeiro de 2001. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 ago. 2014).

¹⁰⁶ Para a adequada compreensão do instituto, reputa-se oportuna a transcrição de excerto do Voto condutor do Acórdão 1.755/2004 – Plenário: “Nesse sentido, entendo que o original equilíbrio econômico-financeiro de um contrato pode ser extraído da diferença percentual observada entre o valor global da proposta e o constante do orçamento-base do órgão licitante. Isso não oblitera a necessidade de prévia verificação da compatibilidade entre o preço orçado pela Administração e o preço de mercado. Ao elaborar a proposta para executar determinada obra ou serviço, o licitante tem ciência de qual o preço médio de mercado e, ponderando todas as variáveis econômicas e a sua condição individual, oferece um preço que, estando abaixo do preço médio de mercado, espelhado no orçamento-base, traduz um desconto percentual sobre o preço orçado. Sendo a licitação do tipo menor preço, a proposta selecionada será, logicamente, a que oferece o maior desconto sobre o preço orçado. Esse desconto percentual, portanto, representa a vantagem da proposta e é o fator determinante para sua seleção. Assim, o licitante vencedor obriga-se a realizar a obra pelo preço ofertado, ou, em outras palavras, obriga-se a realizá-la com um desconto sobre o preço de mercado orçado pela Administração, desconto esse que é apurado a partir da diferença percentual entre o preço proposto na licitação e o constante no orçamento-base. Se, posteriormente à assinatura do contrato, a empresa contratada, com a complacência de agentes públicos, usa de subterfúgios para alterar as condições originalmente pactuadas, cabe ao TCU exigir a restauração do equilíbrio econômico-financeiro expresso na relação que as partes inicialmente pactuaram. Para tanto, entendo que, quando comprovado o “jogo de planilha”, a forma correta de manter as condições efetivas da proposta e preservar a vantagem da proposta, que determinou sua seleção pela Administração, é exigir que o desconto percentual ofertado pela licitante vencedora na sua proposta seja mantido nas sucessivas revisões

permita inferir o intuito de burlar a licitação e alterar, em desfavor do ente público, as condições econômico-financeiras originalmente estabelecidas¹⁰⁷. Serão buscados indícios, em cada caso concreto, para se julgar se uma mudança contratual que alterou o equilíbrio econômico financeiro original ocorreu para atender ao interesse público, ou, do contrário, para atender a interesses ilegítimos¹⁰⁸. Diante de uma modificação contratual, desse modo, torna-se necessário determinar se estavam presentes os pressupostos do art. 65, inciso I, alínea “a”, da Lei 8.666/1993 (também conhecida como Lei de Licitações e Contratos – LLC), segundo os quais se admite a alteração contratual quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos, ou se a alteração contratual foi realizada com o propósito velado de suprimir uma eventual vantagem que havia sido concedida à administração por ocasião da formação do contrato¹⁰⁹.

Verifica-se, desse modo, que deve ser feita a análise e a comparação entre os preços unitários do conjunto de serviços realizados (ou de produtos fornecidos) e os respectivos preços de referência: a diferença entre o valor total (calculado com os preços unitários cobrados ou pagos) e o valor global de referência adotado, quando não puder ser justificada

contratuais, aplicando-o sobre o valor global da planilha revisada de serviços, orçada pela Administração com base nos preços de mercado. Com isso, preservam-se as condições efetivas da proposta, como exigido pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, e respeitam-se os princípios da isonomia entre os licitantes e o da seleção da proposta vantajosa, previstos no art. 3º da Lei 8.666/93. Dessa forma, se a alteração contratual promovida não é justificável, ou ainda que justificável, há indícios de que teve por intuito propiciar benefícios indevidos à contratada, o Tribunal poderá exigir que seja mantido o desconto originalmente ofertado. [...] Há situações excepcionais em que as modificações contratuais são tecnicamente justificáveis, não implicando desvirtuamento do projeto original e nem sendo motivadas por erros grosseiros, omissões, insuficiências ou obsolescência do projeto básico, e não há indícios de que a alteração contratual visa desconfigurar as condições originais da proposta e proporcionar ganhos ilegítimos para a contratada. Assim, não é toda e qualquer alteração do ajuste que resulte na redução da vantagem comparativa da proposta vencedora do certame que autoriza, por si só, a conclusão da ocorrência de manipulação de planilha” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.755/2004 – Plenário. TC 005.528/2003-6. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 23 de Novembro de 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 ago. 2014).

¹⁰⁷ As alterações contratuais não devem tornar o contrato menos vantajoso para a administração do que ele era em seu ponto de equilíbrio original. O “jogo de planilha” pode ocorrer mesmo quando o valor global do contrato fique abaixo do preço de referência, contanto que o equilíbrio econômico-financeiro seja alterado, sem justificativa, em favor do contratante: haverá, mesmo nessa hipótese, redução do desconto originalmente concedido ao contratado. Ver: BAETA, André Pachioni. *Orçamento e controle de preços de obras públicas*. São Paulo: Pini, 2012. p. 306.

¹⁰⁸ A apuração passa, nesses casos, por determinar o equilíbrio econômico-financeiro original do contrato: são levantados os preços unitários que compunham o orçamento, de modo a determinar quais componentes apresentavam sobrepreço e quais apresentavam desconto, em relação aos preços de referência (na mesma data-base). Em seguida, calcula-se o sobrepreço (ou o desconto) global original, comparando-se o valor total do contrato com o valor total do orçamento paradigma. Esse percentual é o sobrepreço ou desconto original do contrato em relação aos preços de referência. Observe-se que, quando o orçamento realizado pelo órgão contiver sobrepreço, o desconto global da planilha contratual deve ser apurado em relação aos preços obtidos a partir dos preços de mercado (obtidos, por exemplo, a partir dos sistemas referenciais utilizados pela administração) e não a partir do orçamento-base da licitação. Ver: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília, DF, 2011. p. 64.

¹⁰⁹ BAETA, André Pachioni. *Orçamento e controle de preços de obras públicas*. São Paulo: Pini, 2012. p. 312.

tecnicamente, constituirá superfaturamento de preços, em sentido amplo. Parcela dessa diferença poderá ser devida ao “superfaturamento por jogo de planilha”, ao passo que a outra parcela, a diferença entre os preços praticados e os preços de referência que não se deveram a modificações no contrato administrativo após sua celebração, corresponde ao “superfaturamento de preços originais”, também chamado simplesmente de “superfaturamento por preços excessivos”¹¹⁰. Esta é categoria objeto deste trabalho, a qual constitui uma forma de “superfaturamento de preços em sentido estrito”, decorrente do pagamento de preços superiores aos praticados pelo mercado ou incompatíveis com os constantes em tabelas referenciais de preços.

A alteração de cláusulas econômico-financeiras de um contrato também pode gerar um prejuízo ao erário¹¹¹. É possível, por exemplo, que ocorram pagamentos antecipados, sem que haja a comprovação da sua contrapartida, implicando um risco adicional para o poder público. Tais pagamentos antecipados representam uma diminuição dos custos financeiros da empresa, assumidos e remunerados pelo poder público. Pode haver ainda uma prorrogação injustificada do prazo contratual¹¹². Por fim, é de se destacar a possibilidade de haver um reajuste irregular dos preços, realizados por exemplo com periodicidade inferior a 12 (doze) meses contados da data de apresentação da proposta (cf. art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993), ou da aplicação de índices que não reflitam a variação dos custos do objeto contratado.

Conforme doutrina sobre a atividade de Controle Externo, no superfaturamento por preços excessivos, a parcela excedente ao preço de mercado se caracteriza como prejuízo, pois haveria um desembolso sem nenhuma contraprestação nem base legal, uma vez que a Administração só estaria autorizada a pagar o “preço justo”¹¹³. Saliente-se, todavia, que não

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília, DF, 2011. p. 59.

¹¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília, DF, 2011. p. 64.

¹¹² Segundo o TCU, uma alteração especialmente sofisticada é a distorção do cronograma físico-financeiro denominada de “jogo de cronograma”, que se origina em orçamentos que apresentam preços unitários superiores aos de mercado nos serviços a serem executados inicialmente, compensados por reduções significativas nos preços dos serviços a executar no final do contrato, de forma a manter o valor global do contrato dentro dos valores de mercado. Essa distorção no cronograma físico-financeiro da obra, entretanto, propicia ao contratado auferir ganhos financeiros à custa da Administração, ou até mesmo paralisar a obra após ter executado os serviços que lhe beneficiam, sob a alegação de que os serviços restantes apresentam desequilíbrio econômico-financeiro. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília, DF, 2011. p. 65.

¹¹³ Conforme Jacoby Fernandes, no superfaturamento de preços, “[...] cuida-se do processo de licitação de que resulta como vencedora uma proposta com preços superiores aos praticados no mercado. A propósito, parece pacífico nos Tribunais de Contas que esse tipo de despesa deva obrigar à recomposição do dano, sendo possível a instauração da TCE. Tecnicamente, a parcela excedente do preço justo ou de mercado se caracteriza como prejuízo, pois há desembolso sem qualquer contraprestação e, obviamente, sem base legal, vez que a Administração só está autorizada a pagar o preço justo ou, eventualmente, o de mercado [...]. Quando a Administração Pública contrata com preços superfaturados há o desembolso de despesa, no valor excedente,

fica claro o motivo de um pagamento por preços superiores aos de mercado ser considerado um pagamento “sem contraprestação”. O raciocínio iguala o superfaturamento de preços (em sua modalidade residual, distinto do superfaturamento de jogo de planilha) aos superfaturamentos de quantidade e de qualidade, nos quais ou o contratado entrega menos mercadorias e serviços do que aqueles pelos quais foi pago, ou entrega mercadorias e serviços distintos daqueles pelos quais foi pago. Nesses casos é clara a possibilidade de se afirmar que houve um pagamento sem a devida contraprestação. No caso de superfaturamento por preços excessivos, entretanto, a Administração Pública apenas contrata a um preço superior ao que poderia ter contratado, de tal sorte que a vantagem que a entidade administrativa aferiu com a contratação é menor do que aquela que alegadamente poderia ter sido obtida em outra contratação.

Mesmo assim, a responsabilização pela prática de preços superiores aos de mercado parte da premissa de que ela constitui uma conduta contrária ao Direito, um ato antijurídico, de modo a configurar fundamento de julgamento pela irregularidade de contas em sede de Tomada de Contas Especial. Os fundamentos pelos quais o Controle Externo considera a prática de preços superiores aos de mercado como contrários ao Direito são abordados a seguir (I.2.2).

I.2.2 O superfaturamento por preços excessivos como ato ilegítimo e antieconômico e fundamento do julgamento pela irregularidade de contas.

Na etapa inicial desse estudo, salientou-se que a economicidade é um dos critérios adotados pela Constituição Federal para a fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial da Administração Pública federal, realizada mediante a atividade de Controle Externo. Nesse sentido, a partir do disposto no artigo 70 da CF/1988, a Corte de Contas utiliza a economicidade como critério para o controle do ato ou do contrato administrativo, de modo a considerar irregular a contratação a preços manifestamente

sem contraprestação, parcela essa que deve ser considerada como prejuízo, como o é qualquer despesa sem amparo legal processada pela Administração” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 198 e 200). O autor ressalva, em seguida, que não defende a adoção dos “preços de mercado” como referencial para o controle de preços dos contratos administrativos, mas sim os “preços praticados com a Administração Pública”, pois seria necessário afastar as empresas que transacionam no mercado comum sem estarem em dia com os tributos que incidem sobre a atividade, além da regularidade com o sistema de seguridade social, e que aceitem as condições de pagamento inerentes ao setor público. Ver: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 199.

superiores aos de mercado. Quando um ato antieconômico é tido por lesivo ao erário, ensejará o julgamento pela irregularidade das contas do gestor público e, de relevância fundamental para a hipótese em análise, a responsabilização solidária do agente particular que, como contratante ou parte interessada, de qualquer modo tenha concorrido para o dano em questão. Adverte-se, porém, que o objetivo dessa etapa não é averiguar se contratos administrativos celebrados a preços superiores aos de mercado efetivamente configuram violação do princípio da economicidade ou contrariam a ordem jurídica. Busca-se por enquanto demonstrar como o argumento da violação ao princípio da economicidade é utilizado para caracterizar a irregularidade e a contrariedade ao Direito da contratação em questão.

Uma das questões de mais relevância na atuação das Cortes de Contas é o controle dos preços em contratos administrativos, referente à fiscalização de sobrepreço e de superfaturamento. Mesmo autores que criticam a forma pela qual a Corte de Contas realiza tal fiscalização partem do princípio que a Administração Pública não estaria autorizada a pagar nem mais (o que representaria prejuízo ao erário) nem menos (o que representaria enriquecimento sem causa da Administração) pelos meios necessários à sua atuação, sendo a referência aos preços de mercado essencial como balizadora da economicidade da contratação administrativa¹¹⁴. Embora preços de mercado não sejam instrumentos adequados para medir o valor de uma contratação para cada uma das partes contratantes (cf. Capítulo II.2.1), a atividade de Controle Externo das contas públicas entende que um contrato celebrado a preços manifestamente superiores aos de mercado constitui ato ilegítimo, antieconômico e lesivo ao erário, de modo a servir de fundamento para a imputação de responsabilidade financeira reintegratória tanto ao agente público como ao particular contratado (I.2.2.1), utilizando referenciais de preços para avaliar a economicidade de uma contratação administrativa (I.2.2.2).

¹¹⁴ SAAD, Amauri Feres. O controle dos Tribunais de Contas sobre contratos administrativos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. et. al. (coord.) *Direito Administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014. No mesmo sentido, “Como consequência do controle de economicidade, consistente na análise da adequação entre custos e benefícios oriundos das despesas públicas, os Tribunais de Contas não podem furtar-se ao exame do preço do contrato” (LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. *Controle de preços nos contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 95).

1.2.1.1. A avaliação da economicidade e da legitimidade de contrato administrativo pelos Tribunais de Contas.

O fundamento a partir do qual a contratação a preços manifestamente superiores aos de mercado é considerada contrária ao Direito é o fato de que ela constituiria um “dano ao erário”, decorrente de “ato ilegítimo ou antieconômico”, hipótese de incidência do art. 16, inc. III, alínea “c”, da Lei 8.443/1992¹¹⁵. É portanto necessário analisar as razões pelas quais essa contratação deveria ser considerada uma violação aos critérios previstos no art. 70 da Constituição Federal como vetores da atividade de controle, pelo menos quando implicar o pagamento de valores manifestamente superiores aos de mercado.

Destaca-se que várias passagens da Lei 8.666/1993 estabelecem a necessidade de compatibilidade entre as propostas comerciais relativas à aquisição de bens, e a execução de serviços e obras públicas e os preços praticados pelo mercado: a) as compras, sempre que possível, deverão ser processadas através de sistema de registro de preços, o qual não só será precedido de ampla pesquisa de mercado, como também poderá ser questionado por qualquer cidadão quanto à eventual incompatibilidade entre preço constante do quadro geral desse sistema com o preço vigente no mercado (art. 15, inciso II, c/c § 1º e 6º); b) após a abertura dos envelopes, deverá haver a verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente (ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços), promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis (art. 43, inciso IV); c) no julgamento das propostas, por sua vez, não será admitida proposta incompatível com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos (art. 44, § 3º); e, por fim, d) o art. 48, inciso II, deixa claro que deverão ser desclassificadas propostas com valor global superior ao limite estabelecido, enquanto o art. 7º, inciso II, estatui que as obras e serviços somente poderão ser licitados quando houver orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários, de forma a permitir a avaliação dos preços ofertados pelos participantes.

O exame atento da Lei de Licitações e Contratos Administrativos demonstra porém que as diversas menções à necessidade da compatibilidade entre “preços de mercado” e o preço contratual são regras procedimentais, que regem o rito licitatório ou a contratação direta

¹¹⁵ Todos os julgados analisados no Capítulo III, que versam sobre o “superfaturamento de preços em sentido estrito” encaixam-se nessa hipótese, apresentando art. 16, inc. III, alínea “c”, da LOTCU como fundamento da condenação.

nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação¹¹⁶. Não há nesse diploma legal uma regra que possibilite afirmar que o licitante precisa observar, quando realiza sua proposta comercial com o ente público, qualquer compatibilidade entre os preços dela constantes e os preços normalmente “praticados pelo mercado”.

De forma mais específica, entretanto, a Lei 8.492/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) estabelece que “permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado”, caso seja uma ação ou omissão dolosa ou gravemente culposa, configurará ato de improbidade administrativa causadora de lesão ao erário, por ensejar perda patrimonial, ou malbaratamento e dilapidação dos bens e haveres da entidade administrativa (cf. art. 10, inciso V, da Lei 8.492/1992). Entre outras sanções, a conduta é cominada (art. 12, inciso II) com ressarcimento integral do dano, e, no caso de particular que tenha concorrido, induzido ou se beneficiado da prática (art. 3º), com perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio. Vale salientar, entretanto, que a improbidade administrativa configura de esfera de responsabilidade distinta, cujo aspecto punitivo e repressivo é mais importante que o indenizatório¹¹⁷ (com consequências que serão

¹¹⁶ Outros dispositivos relativos à vinculação entre preços de mercado e preços contratuais são encontrados nas hipóteses de contratação direta, uma vez que a licitação é dispensável: a) quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que as propostas deverão ser desclassificadas e será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; b) para a aquisição, por pessoa jurídica de Direito Público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade da Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; c) para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja *compatível com o valor de mercado*; d) na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; e e) na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, desde que o preço contratado seja *compatível com o praticado no mercado* (art. 24, incisos VII, VIII, X, XX e XIII, da Lei 8.666/1993).

¹¹⁷ Segundo o STJ, a ação de improbidade administrativa tem natureza especialíssima, qualificada pela singularidade do seu objeto, que é o de *aplicar penalidades* a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, se trata de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória. Por outro lado, a Corte deixa claro que a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente e considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culposa, nas do artigo 10. Conforme o Voto do Min. Teori Zavascki, “É preciso enfatizar que não estamos julgando uma simples demanda anulatória de ato jurídico ou de reparação de danos. Estamos julgando uma ação de improbidade administrativa, de matriz constitucional (art.37, § 4º e disciplinada na Lei 8.429/92), que tem natureza especialíssima, qualificada pela singularidade do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar

analisadas no Capítulo II.2.2.2.b) e que a Lei de Improbidade Administrativa não é utilizada na atividade de Controle Externo, mas sim em sede de Ação civil pública movida perante o Poder Judiciário. Desse modo, no âmbito do TCU, a ilicitude da contratação a preços superiores aos de mercado é fundamentada apenas no artigo 16, inc. III, da Lei 8.492/1992, que estabelece as hipóteses nas quais as contas do agente público são julgadas irregulares, dentre as quais se encontra a ocorrência de dano ao erário decorrente de “ato de gestão ilegítimo ou antieconômico”.

Fundamental ressaltar que não é qualquer divergência entre os preços contratuais e os preços de referência que configurará, para o controle externo, uma lesão ao erário decorrente de ato ilegítimo e antieconômico. Em diversos julgados do TCU, é possível se observar que variações relativamente pequenas entre o preço contratado e o preço adotado como referencial são consideradas como oscilações normais de mercado, quando analisadas caso a caso. A Corte já entendeu que oscilações de até 10% representariam oscilações normais de mercado¹¹⁸, e que variações inferiores a 5% seriam aceitáveis em determinados casos¹¹⁹. Vale lembrar que o Tribunal, entretanto, também já expressou que não existe “percentual de sobrepreço aceitável”, que “a lei define os preços máximos das obras e serviços contratados pela Administração”, e que valores excedentes devem ser rejeitados pela Corte, pois sua atuação deve se pautar pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse

contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, se trata de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória. Aqui, repita-se, o objeto principal da demanda é repressivo.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 827.445/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 2 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 dez. 2014).

¹¹⁸ “14. Em termos percentuais, o sobrepreço no contrato com a [empresa] passa de 13,07% para 7,44%; no contrato com a [empresa], de 6,68% para 5,75%. 15. Em situações semelhantes, esta Corte entendeu que oscilações de até 10% em relação ao montante apurado representam variações normais de mercado (v.g. Acórdãos nºs 136/1995, 159/2003, 394/2003, 172/2004 e 678/2008, todos do Plenário; e Acórdão nº 544/2002-2ª Câmara)” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.339/2011 – Plenário. TC 000.833/2007-2. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, 31 de agosto de 2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2014).

¹¹⁹ “10. Da análise das respostas iniciais dos gestores do Dnit, concluiu a Secex/MA restarem divergências quanto às quantidades contratadas com a empresa sucessora, relativamente ao montante de sete itens de serviços medidos e pagos à [empresa sucessora], resultando em possível pagamento indevido da ordem de R\$ 159.935,82, correspondentes à aproximadamente 2% do valor original contratado com a [contratada inicial]. Dos sete itens, cinco teriam quantidades executadas em quantidades superiores aos boletins de medição e em dois serviços teria ocorrido situação inversa. 11. Quanto à questão do suposto sobrepreço na contratação remanescente, restou devidamente esclarecida a sua não ocorrência, como informado pela Secex/MA, tendo em vista a análise realizada por aquela unidade instrutiva e a comparação efetuada com dados do Sicro 2, a indicar variação média da ordem de 4,84%, perfeitamente aceitáveis para o caso em tela” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.130/2010 – Plenário. TC 006.679/2005-1. Relatório de Levantamento de Auditoria. Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, 25 de agosto de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2014).

público¹²⁰. Logo, não haveria um percentual fixo, a partir do qual as diferenças a maior entre o preço contratado e o preço considerado como de mercado sejam consideradas “normais”, sendo necessária uma análise casuística, principalmente quanto a preços unitários.

Importante ressaltar que, quando uma determinada contratação é impugnada por sobrepreço, o Tribunal realiza uma avaliação da economicidade e, em segundo plano, da legitimidade dessa contratação. Uma possível definição de economicidade é a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade, implicando a capacidade de uma instituição em gerir adequadamente os recursos financeiros colocados à sua disposição¹²¹. O conceito é próximo do de “eficiência”, que, para a ciência da administração, refere-se à relação entre os bens e serviços gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los, em um determinado período de tempo¹²². Trata-se de conceito indeterminado, que deve ter seu significado delimitado pela própria atividade de Controle Externo¹²³, mas que diz respeito à relação de custo-benefício dos atos dos administradores e responsáveis: ato econômico é aquele que obtém o resultado desejado, pelo menor custo possível.

Dessa forma, a eficiência refere-se à otimização da relação custo-benefício da atividade do ente público e contempla a própria materialidade das escolhas administrativas, enquanto a economicidade apresenta um enfoque na redução dos custos¹²⁴, de tal sorte que um

¹²⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.155/2012 – Plenário. TC 007.403/2010-0. Relatório de Auditoria (Pedido de Reexame). Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 16 de maio de 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2014.

¹²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. 3. ed. Brasília: TCU. Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. p. 11.

¹²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. 3. ed. Brasília: TCU. Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. p. 11. Por outro lado, o conceito de economicidade não se confunde com os de eficácia (grau de alcance das metas programadas em um determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados; capacidade da gestão de cumprir objetivos imediatos, traduzidos em metas de produção ou de atendimento) e efetividade (à relação entre os resultados de uma intervenção ou programa – impactos observados – e os objetivos pretendidos – impactos esperados da intervenção). Os conceitos de eficiência e economicidade são utilizados no sentido empregado pelo campo da Ciência da Administração (aplicada ao setor público).

¹²³ Conforme Paulo Bugarin, “[...] o caráter amplo e aberto da expressão economicidade, fruto de sua natureza principiológica, impõe ao intérprete um denso e criativo exercício de concretização do Texto Constitucional, na necessária busca de sua plena efetividade político-social” (BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 108).

¹²⁴ Em um primeiro ato, economicidade comporta um significado no plano da ciência econômica: do ponto de vista etimológico, economicidade significa aquilo que tem a qualidade do que é econômico. Dessa forma, os atos públicos devem exprimir e praticar uma alocação econômica dos recursos públicos, que, se não chega a exigir a alocação ótima (maximizadora de resultados), impõe que a eficiência econômica seja sempre levada em conta nos processos de tomada de decisões. Nesse sentido: BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 115.

“controle de economicidade” tende a se restringir à verificação da correspondência dos gastos públicos aos preços encontrados no mercado¹²⁵. De toda forma, a eficiência, embora referenciada como um dos princípios aplicáveis à Administração Pública no art. 37 da CF/1988, não é um critério eleito pela Constituição para a atividade de Controle Externo.

A economicidade reflete uma opção do constituinte pela fundamentação racional das decisões políticas, concernente à alocação do conjunto escasso de recursos públicos. Logo, nesse plano político-econômico, economicidade seria a avaliação das decisões públicas sob o prisma da análise de seus custos e benefícios para a sociedade ou para a comunidade a que se refere, de modo a atender aos anseios individuais e coletivos da melhor maneira possível¹²⁶. Em um segundo sentido, o princípio constitucional da economicidade da gestão de recursos e bens públicos autorizaria o Tribunal de Contas a examinar os elementos de fato informadores dos processos de tomadas de decisão relativos aos gastos e investimentos públicos, tendo em vista o conjunto dos resultados alcançáveis, qualificando-os como ganhos ou perdas sociais¹²⁷. O estabelecimento, pela própria Constituição Federal, da economicidade como critério de controle dos atos administrativos pela atividade de Controle Externo afasta a conclusão segundo a qual a relação custo-benefício de uma decisão pública integraria a discricionariedade reservada ao administrador¹²⁸.

¹²⁵ SAAD, Amauri Feres. O controle dos Tribunais de Contas sobre contratos administrativos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. et. al. (coord.) *Direito Administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014. Em sentido diverso, Lucas Rocha Furtado traz um conceito amplo de economicidade. Segundo o autor, o controle de economicidade examina aspectos relacionados à efetividade (medida em que as metas definidas foram alcançadas), à eficiência (relação entre os custos dos programas governamentais e os benefícios) e à eficácia dos programas (análise dos resultados efetivamente obtidos). Esse tipo de controle é voltado mais à análise de políticas públicas mediante auditorias operacionais, as quais resultam em *recomendações* (não em *determinações* vinculantes) endereçadas ao gestor público. Em sede de processo de contas, todavia, quando constatada medida que se mostre absurdamente contrária à eficiência, à eficácia ou à efetividade, ela pode levar ao julgamento pela irregularidade de contas. Nessa concepção, o controle de economicidade alcança aspectos relacionados ao *mérito*, ainda que de forma mitigada. Ver: FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 1.098.

¹²⁶ BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 117.

¹²⁷ BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 140.

¹²⁸ Conforme Marçal Justen Filho, “O legislador não se encontra em condições de definir, de antemão, a solução mais adequada em face da economicidade. Há escolhas que somente poderão ser adotadas no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias específicas, variáveis em face das peculiaridades. Por isso, a lei remete a escolha ao administrador, atribuindo-lhe margem de liberdade que permita a satisfação do princípio da economicidade. Sob esse ângulo, a discricionariedade resulta também do princípio da economicidade. [...] Concede-se liberdade ao agente administrativo precisamente para assegurar que opte pela melhor solução possível, em face do caso concreto. Por outro lado, a economicidade delimita a margem de liberdade atribuída ao agente administrativo. Ele não está autorizado a adotar qualquer escolha, dentre aquelas teoricamente possíveis. Deverá verificar, em face do caso concreto, aquela que se afigure como a mais vantajosa, sob o ponto de vista das vantagens econômicas” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 65).

No plano jurídico-financeiro, a expressão encontra equivalente ao alemão “*wirtschaftlichkeit*”, a qual pode ser traduzida como racionalidade econômica¹²⁹. Nesse sentido, controlar economicidade seria controlar a gestão financeira e orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação, abrangendo, sobretudo, o equilíbrio nas duas vertentes das finanças públicas. Inspira-se no princípio de “custo/benefício” que deve ser observado na condução da atividade financeira estatal, de tal forma que seria uma medida de justiça exigir-se que o cidadão não faça mais sacrifícios e pague mais impostos para obter bens e serviços disponíveis, no mercado, a um preço menor¹³⁰. Pode-se afirmar que a modicidade nos gastos públicos integra o conceito de economicidade, visto que ela envolve alcançar os melhores resultados possíveis com certos meios, ou obter um determinado resultado com os menores custos possíveis¹³¹.

É possível ainda se assinalar vinculação entre o princípio da economicidade e o princípio implícito da proporcionalidade, pois qualquer gasto efetuado deve guardar proporção entre os custos e os benefícios dele decorrentes, tendo os órgãos de controle obrigação de dedicar especial atenção a essa proporcionalidade, de modo a evitar o desperdício. Dessa forma, a ação de controle deve estar orientada fazer com que a administração utilize os recursos públicos de forma racional, buscando produzir o melhor benefício ao menor custo, sem desatender aos princípios da legalidade e da legitimidade¹³².

Logo, o princípio da economicidade constitui-se em importante elemento de valorização da gestão pública, exprimindo-se em atuação dupla: 1) insere-se, ao lado do princípio da eficiência, como um dos elementos configuradores e qualificadores de boa atuação administrativa; 2) é um dos três vetores normativos (interdependentes e complementares) da atuação constitucionalmente privativa dos Tribunais de Contas, autorizando e impondo a ampla investigação da correlação entre os fatos ensejadores das decisões tomadas e os objetivos pretendidos, baseada em elementos racionalmente

¹²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O Tribunal de Contas e o Controle da Legalidade, Economicidade e Legalidade*. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 121. p. 265-271, jan./mar. 1994. p. 267. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176237>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹³⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O Tribunal de Contas e o Controle da Legalidade, Economicidade e Legalidade*. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 121. p. 265-271, jan./mar. 1994. p. 267. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176237>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹³¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O Tribunal de Contas e o Controle da Legalidade, Economicidade e Legalidade*. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 121. p. 265-271, jan./mar. 1994. p. 268. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176237>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹³² MILESKI, Hélio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 294. No mesmo sentido, FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 86.

fundamentados¹³³. Desta forma, uma atuação antieconômica será qualificada como má atuação administrativa, sendo, a partir do art. 70 da Constituição Federal e do art. 16, inciso III, alínea “c”, da Lei 8.443/1992, não apenas contrária à ordem jurídica, mas fundamento para o julgamento pela irregularidade de contas e para a aplicação das sanções correspondentes.

Quanto à “ilegitimidade”, muito embora também relacionado como vetor de controle no art. 70 da constituição, trata-se de princípio de conceituação mais difícil pela doutrina, sendo encontrados posicionamentos no sentido de equivalência com “compatibilidade com o ordenamento jurídico, não apenas com a legalidade”¹³⁴, com “atendimento à vontade popular não legislada”¹³⁵, como o “atendimento simultâneo à legalidade e à economicidade”¹³⁶; como uma combinação de “atendimento ao interesse público e à moralidade administrativa”¹³⁷; e,

¹³³ BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 108.

¹³⁴ Nesse sentido, ao mencionar as duas expressões, o texto constitucional deixaria evidente que a fiscalização não se resume ao mero exame formal da adequação dos atos e atividades administrativas do Estado à lei: o controle de legitimidade alcança todos os demais preceitos e princípios constitucionais (moralidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica, etc.). Trata-se de poder conferir não apenas a compatibilidade com a lei, mas também com a Constituição, prerrogativa reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sua Súmula 347 (“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”). Ver: FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 1.097.

¹³⁵ Após definir interesse público não como o somatório de interesses individuais dos membros de uma sociedade, mas como “interesses coletivos gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada ou através de ação jurídica politicamente fundada”, Diogo de Figueiredo Moreira Neto salienta que o interesse público é padrão de legitimidade, enquanto apenas o interesse público legislado alcança padrão de legalidade. Assim, a legitimidade seria mais ampla que a legalidade, pela impossibilidade de a lei definir todas as hipóteses de interesse público. Seria a conformidade entre a ação do Estado ao interesse público recolhido pelos instrumentos juspolíticos da democracia. A administração, ao agir, tem na finalidade (interesse público especificado na lei) um elemento vinculado: a legalidade é o padrão legal positivado, a incorporação da legitimidade pela lei, expressando o interesse público específico que deverá ser atendido, de forma que o ato administrativo que não atende ao interesse público é ilegítimo, configurando má administração. Nesse sentido, ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discrecionalidade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 13-14 e 40.

¹³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O Tribunal de Contas e o Controle da Legalidade, Economicidade e Legalidade*. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 121. p. 265-271, jan./mar. 1994. p. 270. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176237>. Acesso em: 15 dez. 2014.

¹³⁷ “A fiscalização da legitimidade da despesa pública é o controle *ex post* da concretização de uma plêiade de valores consagrados pela sociedade e albergados em princípios jurídicos aplicáveis à Administração Pública. É a moralidade que conduz o agente governamental a atuar distinguindo o que é honesto do desonesto, em consonância com as diretrizes do órgão ou entidade a que serve e ao fim a que se destina a sua gestão, que é o interesse coletivo; é a impessoalidade que impede que a ação governamental seja utilizada em favor da promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (CF, art. 37, §1º); é a finalidade que impõe ao gestor político o dever de compatibilizar o espírito da lei autorizadora do investimento com o objetivo que deve ter todo e qualquer dispêndio público o bem comum; é a teoria dos motivos determinantes que orienta o gestor da Administração a exercer sua função movido apenas por fundamentos de interesse público; é lógica do razoável que impõe limites ao processo de escolha dos investimentos do Estado; é a proporcionalidade que proíbe o excesso dos meios em relação aos fins desejados pela coletividade; é a publicidade que instrumentaliza a transparência fiscal, base da gestão fiscal responsável; é a eficiência que faz o Estado melhor atender os cidadãos a um custo menor; é a supremacia do interesse público que coloca a vontade coletiva acima da

por fim, de legitimidade adjetiva, equivalendo ao respeito aos deveres procedimentais que presidem a produção de determinado ato e existência de devida justificação, com a participação dos agentes que serão atingidos pelos efeitos da decisão¹³⁸.

Observe-se que é difícil qualificar uma alegada violação do princípio da economicidade pelo pagamento de preços manifestamente superiores aos de mercado como “legítima”: caso se demonstre, no curso da Tomada de Contas Especial, que o pagamento os preços contratados ocorreu por uma razão legítima, simplesmente não se considerará que houve dano ao erário, nem ato antieconômico, nem irregularidade, e o processo deverá ser arquivado por ausência de um de seus pressupostos de desenvolvimento processual¹³⁹. O conceito de “ato ilegítimo”, dessa forma, desempenha um papel secundário ao de “ato antieconômico”, pela própria vinculação feita pelo enunciado normativo.

pretensão individual” (FURTADO, José de Ribamar Caldas. *O controle de legitimidade do gasto público*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 5, n. 54, jun. 2006. Disponível em: <[www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd= 35837](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=35837)>. Acesso em: 10 dez. 2014). Em sentido análogo, Hélio Mileski defende que legitimidade deixa de encerrar apenas uma conformação de natureza legislativa, estruturando-se em fundamentos de moralidade e identificando-se com os valores, princípios e fins que regem a ação administrativa, na consecução dos objetivos estatais – o interesse público: “O controle efetuado sobre a conformação da legitimidade do ato fiscalizado significa proceder à investigação dos elementos ideológicos e teleológicos do ato praticado pelo administrador, possibilitando a identificação de eventuais desvios de finalidade ou de poder, de fraude à lei ou de ações contrárias aos princípios de direito” (MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 292-293).

¹³⁸ Nessa hipótese, a legitimidade dos atos administrativos consistiria no *respeito aos deveres procedimentais* que presidem a edição de cada ato, não possuindo uma dimensão substantiva. Caberia ao órgão de controle avaliar se o determinado ato que importe o dispêndio de recursos públicos foi obediente aos deveres procedimentais a ele correlatos e se houve a devida justificação do ato, de modo a possibilitar seu controle jurídico. O direito é legítimo quando são institucionalizados mecanismos de participação individual (i) nas decisões coletivamente vinculantes e (ii) nas decisões individualmente vinculantes. A legitimidade de uma decisão consistiria, assim, no funcionamento de tais mecanismos de modo a produzir a manutenção das expectativas normativas individuais e de terceiros, de tal sorte que o conteúdo do conceito de legitimidade somente poderia implicar o respeito ao devido processo normativo (consistente na aplicação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal) nas atividades administrativas. Ver: SAAD, Amauri Feres. O controle dos Tribunais de Contas sobre contratos administrativos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. et. al. (coord.) *Direito Administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹³⁹ Segundo o art. 7º da Instrução Normativa TCU 71, de 28 de Novembro de 2012, serão arquivadas as tomadas de contas especiais, antes do encaminhamento ao Tribunal de Contas da União, na hipótese de comprovação da não ocorrência do dano imputado aos responsáveis. Mesmo após a TCE ter sido encaminhada para julgamento ao TCU, será providenciada a “baixa da responsabilidade pelo débito” quando se considere elidida a responsabilidade pelo dano inicialmente imputada ao responsável, ou quando se considere não comprovada a ocorrência de dano ao erário, ou ainda, quando se archive o processo por falta de pressupostos de instauração e de desenvolvimento (art. 16, inc. I, II e III, da IN TCU 71/2012). Lembre-se que a Tomada de Contas Especial tem como pressuposto processual a existência de indícios de irregularidade, pois deverá ser instaurada “diante” da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, nos termos do art. 8º, *caput*, da Lei 8.443/1992. Da mesma forma, consoante o artigo 212 do Regimento Interno do TCU (Resolução 246, de 30 de Novembro de 2011), “O Tribunal determinará o arquivamento do processo de prestação ou de tomada de contas, mesmo especial, sem julgamento do mérito, quando verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”.

1.2.2.2 A utilização de preços referenciais como critério de avaliação da economicidade

Para se considerar um ato como ilegítimo e antieconômico para fins de responsabilização, entretanto, buscam-se utilizar parâmetros objetivos de comparação. Assim, a concepção de controle de economicidade dos contratos administrativos pressupõe que exista um “preço de mercado” para cada produto ou serviço. Trata-se de uma medida representativa de uma população composta por transações similares, o que por si só já implica a necessidade de se definir o mercado relevante composto pelas referidas transações. A estimativa visa a oferecer uma resposta breve e rápida sobre as transações em questão, sintetizando a informação desejada para que não seja necessário analisar o conjunto completo¹⁴⁰, e essa medida representativa será calculada a partir de uma amostra, por um processo estimador como a média aritmética ou a mediana dos preços selecionados.

Para a comunidade de Controle Externo, o “preço de mercado” será o preço de um bem ou serviço, em determinada data, local e quantidade determinada, que reflita um conjunto de transações voluntárias e conscientes¹⁴¹. Quando há produtos homogêneos e informação plenamente disponível (v.g. mercados de *commodities*) é mais fácil apontar um preço de mercado, mas esta não é a regra para a grande diversidade de insumos adquiridos pela Administração. No que se refere às contratações de obras e serviços de engenharia vinculadas aos recursos orçamentários da União, as Leis de Diretrizes Orçamentárias dos últimos exercícios vinham exigindo que o controle do dispêndio utilizasse as tabelas SICRO e

¹⁴⁰ Ver MAGALHÃES, Marcos Nascimento; LIMA, Antônio Carlos Pedroso de. *Noções de Probabilidade de Estatística*. 6. ed. São Paulo: Edusp, 2008. p. 94. Devido à natureza aleatória envolvida em um processo amostral, não se pode garantir que repetições de amostras sempre produzam resultados idênticos. Ao se coletar uma amostragem, não se pode prever antecipadamente seu resultado, e as informações a ela associadas terão caráter aleatório e devem receber tratamento probabilístico. É provável, apenas, que amostras distintas da mesma “população” produzam informações próximas. Para cada amostra extraída da população, será produzida uma estimativa distinta. Se for possível realizar uma infinidade de amostragens diferentes, serão encontradas uma multiplicidade de estimativas, e o resultado de cada uma só poderá ser efetivamente conhecido após sua realização. Dentre tantas estimativas, é possível se calcular um valor médio de todas elas, em torno do qual elas estarão distribuídas. Ver: MAGALHÃES, Marcos Nascimento; LIMA, Antônio Carlos Pedroso de. *Noções de Probabilidade de Estatística*. 6. ed. São Paulo: Edusp, 2008. p. 205-206.

¹⁴¹ “Valor de um bem ou serviço, em determinada data, local e quantidade determinada, que reflita as transações comerciais voluntárias e conscientes. Pode ser obtido por meio de adequadas técnicas de pesquisa, cuja amostra reflita a realidade do mercado local, contemplando dados de fontes oficiais, de preços negociados (já praticados ou contratados), ofertados, cotados, parametrizados ou publicados em meios especializados, devidamente ajustados, considerando-se as condições previstas de aquisição e fornecimento, e, quando disponíveis, as demais condições comerciais previstas” (INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS – IBRAOP. *Apuração do sobrepreço e superfaturamento em obras públicas*. Orientação Técnica OT IBR 005/2012. p. 4. Disponível em: <www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_-_IBR_005-2012.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014).

Sinapi¹⁴² como parâmetro para aferir a economicidade do preço contratual¹⁴³, em caso, respectivamente, de obras e serviços de engenharia rodoviária e de construção civil. Nestes casos, é importante asseverar que a jurisprudência do TCU tem considerado que os preços medianos constantes do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – Sinapi são indicativos dos valores praticados no mercado e, portanto, haveria sobrepreço quando o preço global está injustificadamente acima do total previsto no Sinapi¹⁴⁴.

A partir da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2003 (art. 93 da Lei 10.524/2002), o Sinapi se tornou a referência oficial desta aferição da razoabilidade dos custos das obras executadas com recursos da União. Trata-se de sistema de pesquisa mensal, que informa os preços de insumos (materiais, mão de obra e equipamentos), custos de serviços e projetos, e índices da construção civil. Inicialmente, a regra era de que os custos unitários de materiais e serviços de obras executadas com recursos dos orçamentos da União não poderiam ser superiores a 30% em relação àqueles constantes do Sinapi¹⁴⁵, mas, a partir do ano seguinte, o valor referencial passou a ser a mediana (medida de tendência central menos sensível a eventuais valores extremamente dissonantes dos demais) dos preços pesquisados pela Caixa Econômica Federal nas capitais de todos os estados da federação¹⁴⁶. Uma vez que, por definição, 50% dos valores são inferiores ao valor referencial, ele passou a ser considerado um parâmetro máximo aceitável¹⁴⁷.

¹⁴² A Caixa Econômica Federal e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE são os responsáveis pela divulgação dos resultados, manutenção, atualização e aperfeiçoamento do cadastro de referências técnicas, métodos de cálculo e do controle qualidade dos dados disponibilizados.

¹⁴³ LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. *Parâmetros para o controle dos contratos administrativos*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 1, n. 1. p. 193-243, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77583>. Acesso em:

¹⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 618/2006 – Plenário. TC 003.972/2005-3. Representação. Relator: Min. Marcos Benquerer. Brasília, 26 de abril de 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 16 dez. 2014.

¹⁴⁵ BRASIL. Lei 10.524/2002, de 25 de julho de 2002: Art. 93. Os custos unitários de materiais e serviços de obras executadas com recursos dos orçamentos da União não poderão ser superiores a 30% (trinta por cento) àqueles constantes do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – Sinapi, mantido pela Caixa Econômica Federal.

¹⁴⁶ BRASIL. Lei n. 10.707/2003, de 30 de julho de 2003: Art. 101. Os custos unitários de materiais e serviços de obras executadas com recursos dos orçamentos da União não poderão ser superiores à mediana daqueles constantes do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – Sinapi, mantido pela Caixa Econômica Federal; § 1º Somente em condições especiais, devidamente justificadas em relatório técnico circunstanciado, aprovado pela autoridade competente, poderão os respectivos custos ultrapassar o limite fixado no *caput*, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle interno e externo; § 2º A Caixa Econômica Federal promoverá a ampliação dos tipos de empreendimentos atualmente abrangidos pelo sistema, de modo a contemplar os principais tipos de obras públicas contratadas, em especial as obras rodoviárias, ferroviárias, e de edificações, saneamento, barragens, irrigação e linhas de transmissão.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília, DF, 2011. p. 30.

Já o SICRO tornou-se a referência oficial de preços de obras rodoviárias executadas com recursos federais somente a partir da publicação da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2010¹⁴⁸. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União assevera que “a adoção do sistema SICRO como referencial para comparação de preços, tem sido aceita pelo Tribunal, uma vez que os valores apresentados por esse sistema espelham, de maneira razoável, as condições de mercado”¹⁴⁹. Para definição dos custos unitários de serviços, são realizadas pesquisas de preços de materiais e equipamentos e remuneração de mão de obra no setor de construção rodoviária, em vários estados do país¹⁵⁰, constituindo um sistema que apresenta composições de custos unitários prontas, com o objetivo de simular a elaboração de orçamentos pela autoridade contratante e o controle por parte dos órgãos públicos.

É possível apontar diversos requisitos para a utilização adequada dos valores constantes dos sistemas SICRO e Sinapi como parâmetros de custo, tais como: a) identidade (aplicação das tabelas apenas aos casos identificados com os referenciais de preço ali contidos); b) globalidade da avaliação (considerar o custo total do projeto ou da obra fiscalizada como parâmetro de economicidade); c) uniformidade (manutenção dos referenciais utilizados durante todo o curso da fiscalização, evitando-se o emprego de composições de custo de referenciais distintos e heterogêneos); d) primazia da realidade (adequação dos

¹⁴⁸ BRASIL. Lei 12.017, de 12 de agosto de 2009: Art. 112. O custo global de obras e serviços contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias – SICRO. § 1º Em obras cujo valor total contratado não supere o limite para Tomada de Preços, será admitida variação máxima de 20% (vinte por cento) sobre os custos unitários de que trata o *caput* deste artigo, por item, desde que o custo global orçado fique abaixo do custo global calculado pela mediana do SINAPI; § 2º Nos casos em que o SINAPI e o SICRO não oferecerem custos unitários de insumos ou serviços, poderão ser adotados aqueles disponíveis em tabela de referência formalmente aprovada por órgão ou entidade da Administração Pública federal, incorporando-se às composições de custos dessas tabelas, sempre que possível, os custos de insumos constantes do SINAPI e do SICRO; § 3º Somente em condições especiais, devidamente justificadas em relatório técnico circunstanciado, elaborado por profissional habilitado e aprovado pelo órgão gestor dos recursos ou seu mandatário, poderão os respectivos custos unitários exceder limite fixado no *caput* e § 1º deste artigo, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle interno e externo. [...] § 6º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI ou do SICRO não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária. § 7º Serão adotadas na elaboração dos orçamentos de referência os custos constantes das Tabelas SINAPI e SICRO locais e, subsidiariamente, as de maior abrangência. § 8º O preço de referência das obras e serviços será aquele resultante da composição do custo unitário direto do SINAPI e do SICRO, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas – BDI incidente, que deve estar demonstrado analiticamente na proposta do fornecedor.

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.062/2007 – Plenário. TC 005.014/2002-5. Levantamento de Auditoria. Relator: Marcos Vinicius Villaça. Brasília, 3 de outubro de 2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 out. 2014.

¹⁵⁰ Além de obras rodoviárias, o SICRO também é parcialmente utilizado em obras que exijam grande quantidade de serviços de terraplanagem, cf. BAETA, André Pachioni. *Orçamento e controle de preços de obras públicas*. São Paulo: Pini, 2012. p. 369.

parâmetros de custo às condições efetivas do objeto fiscalizado, consideradas as características de cada caso singular)¹⁵¹. Nos casos em que esses requisitos não estejam presentes, o Sinapi e o SICRO não deverão ser utilizados de forma imediata, mas a equipe de auditoria poderá adotar preços referenciais provenientes de sistemas mantidos por outros órgãos e entidades públicas¹⁵², federais, estaduais ou municipais; bancos de dados privados e, em última análise, fontes alternativas tais como: i) editais e obras semelhantes (ou cujo objeto compreendeu a execução dos serviços pesquisados); ii) a média dos preços dos licitantes habilitados; e iii) cotações de preços realizadas pela própria equipe de auditoria (cf. art. 125, § 2º, da LDO 2012). Assim, apesar das eventuais dificuldades na aplicação dos valores Sinapi (recolhidos a partir de custos para projetos residenciais, comerciais e de saneamento básico) à realização de grandes obras de infraestrutura, para a atividade de Controle Externo dos contratos administrativos realizada pelas Cortes de Contas, tanto ele quanto o SICRO constituem parâmetro para constatação dos preços de mercado, e, tratando-se de recursos orçamentários federais, a aplicação dos sistemas é compulsória e vinculante, ainda que sejam admitidos ajustes em cada caso concreto. Observe-se, desse modo, que o TCU considera o SICRO um sistema confiável e detalhado, cujos valores servem de referência a partir da qual podem-se ponderar os custos unitários cobrados¹⁵³.

É de se ressaltar que os sistemas referenciais de preço são utilizados como parâmetro para avaliar a economicidade do contrato administrativo desde antes de sua exigência pelas Leis de Diretrizes Orçamentárias, independente de expressa previsão legal. O que a Corte de

¹⁵¹ SAAD, Amauri Feres. *Notas sobre o regime jurídico da precificação de obras públicas*. Fórum de Contratação e Gestão pública. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FGCP. Belo Horizonte, ano 10, n. 111. p. 64-83, mar. 2011.

¹⁵² “O Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi) é o sistema de referência para obras de edificações, cuja adoção pela Administração Pública Federal é imposta pela Lei de Diretrizes Orçamentárias. Dessa maneira, sempre que possível, no caso de inexistência de composição de referência no Sinapi para dado serviço, deve-se utilizar composições de outros sistemas de referência, adotando-se preferencialmente os valores dos insumos pesquisados pelo Sinapi.” Ver: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.176/2012 – Plenário. TC 030.993/2011-3. Levantamento de Auditoria (Pedido de Reexame). Relatora: Min. Ana Arraes. Brasília, 16 de maio 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 18 dez. 2014.

¹⁵³ “4. O Sicro é um sistema confiável e bem detalhado, cujos preços são extraídos por meio de composição de custos que, por sua vez, são calculados pela média dos preços praticados no mercado. O sistema pertence ao próprio DNER e tem sido utilizado pelo TCU como parâmetro comparativo de preços em fiscalizações de obras públicas, possibilitando a averiguação de indícios de superfaturamento e cálculo dos débitos a serem imputados aos responsáveis. Nesse sentido, podem-se citar, verbi gratia, as seguintes deliberações deste Plenário: Decisão n. 879/2001, Decisão n. 964/2001, Decisão n. 417/2002, Decisão n. 1.037/2002, Decisão n. 1.575/2002 e Decisão n. 1.577/2002. 5. Os valores obtidos a partir do Sicro constituem uma referência a partir da qual podem-se ponderar, para mais ou para menos, os custos unitários cobrados, levando em consideração as peculiaridades de cada obra” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 40/2003 – Plenário. TC 005.171/2001-9. Levantamento de Auditoria. Relator: Marcos Bemquerer Costa. Brasília 29 de janeiro de 2003. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 ago. 2014).

Contas considera como relevante para a economicidade da contratação é a verificação da compatibilidade dos preços com aqueles que seriam praticados pelo mercado, independente de quando a obra ou serviço foram executadas ou quando ocorreu a fiscalização¹⁵⁴, tendo em vista que essa verificação é realizada a partir dos princípios elencados no art. 70, caput, da Constituição Federal. Na Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2014, os dispositivos referentes à necessidade de utilização dos sistemas Sinapi e SICRO foram vetados, sob a alegação¹⁵⁵ de que as exigências teriam passado a constar de forma permanente do Decreto 7.983/2013¹⁵⁶, que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União (ainda que executados por outros entes federativos)¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Nesse sentido: “4. Não procede a alegação de que o SICRO só poderia ter sido utilizado como referencial de preços caso houvesse lei que determinasse sua adoção. Evidentemente, o fato de a LDO dos exercícios em questão só fazerem menção ao Sinapi, não significa que outros sistemas referenciais não pudessem ser utilizados, até porque, como se sabe, o SICRO é um sistema muito mais apropriado para utilização em obras rodoviárias e ferroviárias do que o Sinapi. 5. Quanto à afirmação de que, na ausência de ‘índice obrigatório e oficial’ cabe à Administração Pública adotar os preços que entender adequados, é também evidente que esses preços devem ser compatíveis com os de mercado. O Tribunal vem utilizando rotineiramente o SICRO como parâmetro referencial de preços para obras rodoviárias e ferroviárias. Não há qualquer elemento que desqualifique os valores contidos no SICRO como referenciais adequados de preço” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3.003/2014 – Plenário. TC 021.283/2008-1. Relatório de Auditoria (Embargos de Declaração). Relator: Aroldo Cedraz. Brasília, 05 de novembro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2014).

¹⁵⁵ “Os critérios para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia transcendem um exercício financeiro e por isso já estão disciplinados pelo Decreto no 7.983, de 8 de abril de 2013, que assegura a necessária segurança jurídica sobre as regras a serem aplicadas. Além disso, a redação proposta não contempla especificidades previstas no Decreto, como as regras para empreitada a preço global e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC, podendo gerar insegurança jurídica” (BRASIL. Presidência da República. Mensagem 595, de 24 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/VEP-595.htm>. Acesso em: 19 dez. 2014).

¹⁵⁶ BRASIL. Decreto 7.983/2013, de 24 de janeiro de 2013. Art. 3º O custo global de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil. Parágrafo único. O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal - CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Art. 4º. O custo global de referência dos serviços e obras de infraestrutura de transportes será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais aos seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema de Custos Referenciais de Obras - SICRO, cuja manutenção e divulgação caberá ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de infraestrutura de transportes.

¹⁵⁷ Consoante Acórdão proferido já após a aprovação da LDO 2014, “13. Sendo o Sinapi e o Sicro sistemas oficiais de custos, sua adoção como parâmetro de verificação por este Tribunal se afigura dentro dos contornos de legalidade e de aferição da economicidade da contratação, autorizados pelo art. 70, *caput*, da Constituição Federal. Eventuais ajustes reputados necessários pelos interessados em contestar os valores ali dispostos, somente são possíveis de serem aceitos mediante justificativas técnicas adequadas e fundamentadas que respaldem a adoção de outros valores, superiores aos apontados nos referidos sistemas, seja pelas peculiaridades da obra, seja em razão da região, seja diante de outras razões técnicas não consideradas no contexto de execução. Tal situação não foi demonstrada nestes autos” (BRASIL. Tribunal de Contas da União).

Verifica-se assim que o TCU, seguindo as disposições das LDOs entre 2003 e 2013 e, a partir de 2014, do Decreto 7.983/2013, usa o sistema SICRO e as tabelas Sinapi como forma de verificar a compatibilidade dos preços praticados em obras e serviços de engenharia (realizadas com recursos federais) com os preços de mercado, e, consequentemente, a economicidade da contratação. Ainda em casos em que a utilização dos respectivos referenciais não era compulsória (por exemplo, no caso de contratação realizada por entidade da administração indireta¹⁵⁸), os referenciais de preço podem ser utilizados com essa finalidade. A partir da constatação de que a contratação, não obstante formalmente regular, constituiu ato antieconômico (portanto lesivo ao erário), ele será considerado pela atividade de Controle Externo como contrário ao Direito. O raciocínio é aplicável, de forma similar, a outras contratações administrativas que não envolvam obras e serviços de engenharia.

Saliente-se, todavia, que a economicidade não é um conceito capaz de dissolver toda a lógica do Estado de Direito. O seu alcance não é ilimitado, e não deve sobrepor nem substituir a avaliação da legalidade e da legitimidade dos comportamentos estatais. A submissão a um juízo além do juízo de legalidade (e deste independente) retiraria a autonomia, a segurança e a confiança nas opções conferidas pelo ordenamento ao desempenho das missões atribuídas à Administração Pública¹⁵⁹. A doutrina acrescenta que o princípio só deverá ser considerado violado quando a falta de economicidade for injustificada, invulgar, de assinalada grandeza, hipótese na qual ela seria suficiente para indicar, também, a ocorrência de uma ilegalidade. A violação somente será reconhecida quando o descompasso entre os valores encontrados e os normalmente praticados alcançar patamares exorbitantes, denunciadores de uma grave irresponsabilidade ou incúria das autoridades; ou de um comprovável conluio com terceiros, para proporcionar-lhes proveitos indevidos à custa do patrimônio público¹⁶⁰. A simples dissonância com a exatidão do parâmetro reputado como representativo dos preços de

Acórdão 454/2014 – Plenário. TC 010.305/2009-0. Tomada de Contas Especial. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014).

¹⁵⁸ “Os dispositivos das leis de diretrizes orçamentárias que fixam a obrigatoriedade da adoção dos custos unitários constantes do Sinapi, como limitadores dos custos de obras e serviços executados com recursos dos orçamentos da União, estão em perfeita sintonia com os princípios insertos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, sendo, portanto, de observância obrigatória, inclusive, pelos órgãos e entidades da Administração Indireta, sempre que houver correspondência entre os itens orçados pela Administração e os que integram aquele sistema de referência, salvo quanto às demais hipóteses previstas em lei” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.732/2009 – Plenário. TC 015.685/2007-4. Relatório de Levantamento de Auditoria. Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, 5 ago. 2009. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 25 dez. 2014).

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 435.

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 435-436.

mercado não tira a licitude de determinado contrato¹⁶¹, sendo natural que se aceite um grau de variabilidade razoável de discrepância sem que isso configure superfaturamento.

A *contrario sensu*, a prática de preços manifestamente superiores aos de mercado configuraria, pelo menos, violação ao princípio da economicidade, além de indício de que a contratação teria violado outros princípios aplicáveis à Administração Pública, mediante a realização de conluio entre os licitantes ou entre estes e o gestor público. Entretanto, se a responsabilidade financeira reintegratória por superfaturamento de preços incide somente quando da prática de preços manifestamente superiores aos de mercado, não é essa a crítica mais relevante que se pode fazer ao processo de responsabilização, e sim o fato de sua apuração ser limitada à constatação da ocorrência ou não do próprio superfaturamento por preços excessivos, de forma objetiva.

Da mesma forma que a responsabilidade civil, penal e administrativa, a Responsabilidade apurada pelos Tribunais de Contas pressupõe a prática de um ato de algum modo contrário ao Direito. Desse modo, a realização de aquisições de bens e serviços a preços superiores aos de mercado é considerada um ato ilegítimo e antieconômico, portanto contrário ao Direito. Isso, todavia, não implica necessariamente que ela será um fundamento de imputação de responsabilidade reintegratória. O ato ilícito, em sua configuração tradicional (art. 186 do Código Civil/2002), pressupõe violação a direito, mas, como será demonstrado no trabalho, a aplicação dos princípios de Direito Administrativo aos contratos celebrados pelo ente público não é suficiente para se afirmar que a Administração Pública tenha direito a contratar a preços iguais ou menores que os de mercado. Assim, uma vez compreendidos os fundamentos da atividade de Controle Externo, do controle realizado pelos Tribunais de Contas sobre os contratos administrativos e o fundamento mediante o qual o superfaturamento de preços é considerado um ato contrário ao Direito, é possível se passar à etapa principal do trabalho: a análise do mecanismo de imputação de responsabilidade financeira reintegratória, em caso de superfaturamento por preços excessivos (Capítulo II).

¹⁶¹ LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. *Controle de preços nos contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.71.

II. A RESPONSABILIDADE FINANCEIRA POR SUPERFATURAMENTO DE PREÇOS EXCESSIVOS E OS PROBLEMAS EM SUA APLICAÇÃO

Neste capítulo, estuda-se a imputação de responsabilidade financeira por superfaturamento por preços excessivos. Inicialmente, estuda-se a responsabilização em suas modalidades reintegratória e sancionatória, fazendo-se a distinção entre a responsabilidade do agente público e a do particular que, como contratado ou parte interessada na prática de ato ilegítimo ou antieconômico, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. Logo, tem-se como objetivo definir a responsabilização financeira reintegratória como modalidade de responsabilidade civil (II.1), apresentar os pressupostos de sua aplicação e as dificuldades em sua caracterização na hipótese de superfaturamento por preços excessivos (II.2).

II.1 A RESPONSABILIDADE FINANCEIRA E SUAS MODALIDADES

Conforme assinalado no Capítulo I, a contratação administrativa a preços manifestamente superiores aos de mercado é considerada, pelo TCU, ato ilegítimo, antieconômico e lesivo ao erário, portanto contrário ao Direot. Sua celebração serve de hipótese de julgamento pela irregularidade das contas do agente público e o sujeita à imputação de responsabilidade reintegratória e sancionatória. Porém, a responsabilidade financeira imputada ao agente público possui fundamento distinto daquela imputada ao particular contratado, tendo em vista a natureza diversa dos deveres jurídicos violados em cada situação (II.1.1). Conforme será demonstrado, na hipótese de superfaturamento por preços excessivos, há dificuldade em identificar o dever jurídico violado pelo particular contratado, a começar por sua classificação como contratual ou extracontratual (II.1.2).

II.1.1 A responsabilidade financeira reintegratória e a responsabilidade financeira sancionatória

A responsabilidade financeira, em sentido amplo, envolve a obrigação de repor recursos públicos ou de suportar as sanções previstas em lei, em razão da violação de normas pertinentes à gestão de bens, dinheiros e valores públicos (ou dos recursos sujeitos à guarda e

administração estatal)¹⁶². Considerada nessa perspectiva ampla, a responsabilidade financeira possui sua origem vinculada à obrigação dos agentes públicos de prestar contas de sua atuação, a qual decorre da separação entre a propriedade e a gestão dos recursos coletivos. Em linhas gerais, a Corte de Contas avalia a atuação daqueles que usam, guardam, gerenciam e administram recursos da coletividade, seja em razão do exercício de cargo público, seja em razão do recebimento de recursos repassados pela administração para viabilizar a realização de interesses públicos.

A responsabilidade financeira não se confunde com o julgamento de contas, mas constitui uma de suas consequências, uma vez que estará sujeito às sanções previstas na Lei 8.443/1992 o agente público cuja conduta seja considerada irregular. Logo, cumpre destacar que a responsabilidade financeira conjuga duas dimensões: i) a responsabilidade financeira reintegratória, similar à responsabilidade civil; e ii) a responsabilidade financeira sancionatória, com mais traços em comum com as responsabilidades penal e administrativa.

A responsabilidade financeira reintegratória consiste na condenação do responsável, em caso de prejuízo quantificável ao erário, ao pagamento da dívida atualizada. Além dessa obrigação de ressarcir aos cofres públicos, a Lei 8.443/1992 prevê a aplicação de diversas sanções punitivas, que configuram responsabilidade financeira sancionatória, dentre as quais está a multa proporcional ao débito (cf. art. 19 da Lei 8.443/1992), no valor de até cem por cento do valor do dano causado ao erário, percentual a ser calculado de acordo com a avaliação da culpabilidade do agente¹⁶³.

É de se ressaltar que a conduta de um agente público pode ser considerada contrária ao Direito mesmo sem a ocorrência de um prejuízo material aos cofres públicos. Logo, ainda que não haja um dano quantificável ao erário, mas tendo sido comprovada a omissão na prestação de contas, ou alguma infração à norma legal ou regulamentar de natureza financeira, poderá ser aplicada multa, cujo valor, em vez de ser proporcional ao dano ao erário¹⁶⁴, é definido em

¹⁶² GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. p. 35.

¹⁶³ “Em razão do espectro tão amplo da sanção, é tarefa irrealizável procurar estabelecer critério na imposição dessa sanção pelo Tribunal. Tãmanha liberdade faz com que os relatores dos processos não sigam uma diretriz uniforme. Naturalmente, há casos em que é possível vislumbrar certa coerência em acórdãos conduzidos por votos de um mesmo relator, mas é infrutífero tentar encontrar coerência entre os diversos relatores, que conduziria a uma consequente coerência da atuação da Corte” (CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas – teoria e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 302).

¹⁶⁴ BRASIL. Lei 8.443/1992, de 16 de julho de 1992. Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito,

regulamento¹⁶⁵. A penalidade pecuniária também deverá ser aplicada quando se constata a existência de algum dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, mas não se verifica possível quantificá-lo, nem por estimativa¹⁶⁶. Há ainda outras irregularidades que ensejam a responsabilidade financeira sancionatória, as quais podem ser reunidas sob a categoria de “violações dos deveres de colaboração” por parte do agente público para com a atividade de Controle Externo (a exemplo da sonegação de documentos e de informações), as quais estão previstas no art. 58, inc. IV a VII e § 1º, da Lei 8.443/1992¹⁶⁷.

Além das multas dos artigos 57 e 58 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – LOTCU, a responsabilidade financeira sancionatória do agente público envolve a aplicação de outras punições. Destaca-se a inabilitação para o desempenho de cargo em comissão e função de confiança no âmbito da Administração Pública, por um período entre cinco a oito anos, sempre que o Tribunal considerar as irregularidades como graves, por maioria absoluta de seus membros¹⁶⁸. É de se salientar ainda as hipóteses de responsabilização previstas pelo art. 5º da Lei 10.028/2000¹⁶⁹, que tratam de violações dos preceitos da Lei de

nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei; II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

¹⁶⁵ O valor-teto deve ser atualizado mediante Portaria da Presidência do Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 58, § 2º, da Lei 8.443/1992.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: [...] III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário.

¹⁶⁷ BRASIL. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: [...] IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator; ou a decisão do Tribunal; V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas; VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal; VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal. § 1º Ficará sujeito à multa prevista no *caput* deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado.

¹⁶⁸ BRASIL. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

¹⁶⁹ BRASIL. Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000. Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas: I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei; II – propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei; III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei; IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo. § 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal. § 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de Direito Público envolvida.

Responsabilidade Fiscal. Denominadas de “infrações administrativas” pela Lei 10.028/2000, a apuração destas infrações também é competência das Cortes de Contas¹⁷⁰, mas a sanção aplicável a elas (multa de 30% dos vencimentos anuais do gestor) não se confunde com a multa prevista pelo artigo 58, da Lei 8.443/1992.

Relevante destacar duas concepções distintas sobre a responsabilidade aplicada pelos Tribunais de Contas: a primeira considera que o órgão constitucional de Controle Externo simplesmente aplica um conjunto de duas dimensões distintas de responsabilização, uma de natureza cível e outra de natureza administrativa. A dimensão da responsabilidade financeira reintegratória, obrigação de ressarcir aos cofres públicos dos prejuízos causados ao erário, constituiria uma modalidade de responsabilização civil, e a ela seriam aplicáveis as diretivas gerais delineadas na Constituição e no Código Civil para os atos ilícitos que imponham prejuízos às pessoas em geral. Por sua vez, o julgamento pela irregularidade de contas e a aplicação das sanções previstas nos artigos 57, 58 e 60 da Lei 8.443/1992 revelariam que a dimensão da responsabilidade financeira sancionatória seria uma modalidade de responsabilidade administrativa¹⁷¹.

A segunda concepção considera a responsabilidade financeira uma espécie geral e autônoma de responsabilidade dos agentes públicos, aplicada pelas estruturas constitucionais de Controle Externo¹⁷². Embora os agentes públicos estejam tradicionalmente submetidos a três esferas de responsabilidade (civil, penal, e administrativa), a Constituição Federal teria trazido a previsão de diversas outras instâncias de responsabilização para a defesa de bens jurídicos tidos como fundamentais para a estruturação do Estado: i) a legitimidade política do exercício de certos cargos públicos, através da responsabilidade político-constitucional¹⁷³; ii) a legalidade, legitimidade e economicidade na prestação de contas pela gestão dos recursos públicos, através da responsabilidade por irregularidade de contas¹⁷⁴; iii) a respeitabilidade institucional do Parlamento, através da responsabilidade político-legislativa¹⁷⁵; iv) a

¹⁷⁰ Embora possuam conteúdo relativo à gestão de recursos públicos, de sorte a ser possível caracterizá-las como “responsabilidade financeira”, elas apresentam pouca relação com o escopo deste trabalho, e não constituirão seu objeto de análise.

¹⁷¹ Consoante Benjamin Zymler, “O exame dos comandos constitucionais e legais acima explicitados permite verificar que há desdobramentos de duas naturezas do julgamento das contas do gestor público. Por um lado, examina-se a responsabilidade civil do agente; pelo outro, sua responsabilidade administrativa” (ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 206).

¹⁷² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 455.

¹⁷³ Art. 52, inc. I; art. 52, inc. II, art. 102, inc. I, alínea “c”; art. 105, inc. I, alínea “a”; art. 108, inc. I, alínea “a”; art. 96, inc. III, art. 29-A, §§ 2º e 3º, da CF/1988.

¹⁷⁴ Art. 70 e 71 da CF/1988.

¹⁷⁵ Art. 55 e 56, inc. II; c/c art. 27, § 1º e art. 32, § 3º da CF/1988.

regularidade e a lisura das eleições, através da responsabilidade eleitoral¹⁷⁶; v) os direitos e garantias fundamentais, através da responsabilidade por abuso de autoridade¹⁷⁷; e vi) a probidade na organização do Estado, através da responsabilidade por ato de improbidade administrativa¹⁷⁸. Assim, da mesma forma que a responsabilidade por improbidade administrativa, a responsabilidade financeira não seria uma modalidade da responsabilidade civil, penal ou administrativa, mas sim uma esfera geral e autônoma, em um quadro institucional marcado pela existência de diversos sistemas com fundamento constitucional¹⁷⁹.

Para essa corrente, os tipos tradicionais (civil, penal e administrativo-disciplinar), conduzidos perante o Poder Judiciário, não se ajustariam de forma precisa ao julgamento das contas públicas, pois estariam relacionados a situações e apurações esporádicas, não a um controle permanente como o realizado pela atividade de Controle Externo¹⁸⁰. A autonomia e a independência da responsabilidade financeira seriam estabelecidas pelo próprio mecanismo desenhado nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal, que identificaria: i) o bem jurídico tutelado; ii) a autorização para estipulação legal dos ilícitos; e iii) o processo estatal para a imposição dos atos sancionatórios¹⁸¹. No caso, o bem jurídico tutelado se configuraria como a garantia da legalidade, legitimidade e economicidade na gestão dos recursos públicos, com a finalidade de conferir proteção ao erário: o órgão constitucional avalia a conduta dos sujeitos subordinados à sua jurisdição, tendo como parâmetro os três critérios constitucionalmente previstos. A autorização para a estipulação legal dos ilícitos seria dada pelo art. 71, inciso VIII, da CF/1988, consoante o qual compete aos Tribunais de Contas, aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário. Por fim, o processo estatal para imposição dos atos sancionatórios seria previsto pelo art. 71, inc. II, quando prevê o “julgamento de contas” dos administradores e demais responsáveis por recursos públicos, e dos que derem causa à irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

¹⁷⁶ Art. 14, § 9º da CF/1988.

¹⁷⁷ Art. 5º, inc. XLI da CF/1988.

¹⁷⁸ Art. 37, § 4º da CF/1988.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 88.

¹⁸⁰ GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. p. 65.

¹⁸¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 440.

Nesse sentido, ao classificar os ilícitos e as sanções correspondentes segundo o regime jurídico, material e processual a que se submetem, seria preciso concluir pela autonomia da responsabilidade financeira em relação à responsabilidade civil e à responsabilidade administrativa. A responsabilidade financeira sancionatória não se confundiria com a responsabilidade administrativa, a qual seria resultado de uma aplicação dos poderes da administração (v.g. poder disciplinar, poder hierárquico), que não ocorre quando se trata de atividade de Controle Externo pela própria ausência de subordinação entre agente controlado e agente controlador. De forma análoga, a responsabilidade financeira reintegratória não se confundiria com a responsabilidade civil extracontratual do agente público, uma vez que esta não teria fundamento no dever de prestar contas, mas sim no princípio geral de não se causar dano a outrem (*neminem laedere*), e não estaria prevista nos artigos 70 e 71 da Constituição, mas sim no artigo 5º, artigo 37, § 6º, que estabelece a responsabilidade regressiva, em caso de dolo ou culpa, do agente das pessoas de Direito Público ou de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, pelos danos causados a terceiros¹⁸²⁻¹⁸³.

Quando se trata somente da responsabilidade do agente público ou do particular a ele equiparado por gerenciar os recursos da coletividade, a concepção de responsabilidade financeira como modalidade autônoma não causa problemas. Nesse caso, ela decorre da violação do dever originário de prestar contas da própria atuação, constatada no julgamento pela irregularidade de suas contas, considerando-se que os elementos objetivos e subjetivos de sua conduta foram avaliados negativamente e tendo em vista a ocorrência das hipóteses fáticas legalmente estabelecidas. Da mesma maneira que o Código Civil separa a caracterização da ilicitude de um ato (art. 186) da imputação de responsabilidade pela sua prática (art. 927), a Lei 8.443/1992 primeiramente define quando as contas serão julgadas irregulares (art. 16, inciso III), para em seguida prever que essa irregularidade levará à imputação de débito e a aplicação de multas (art. 19).

Entretanto, não é apenas o agente que realiza a gestão dos recursos que está sujeito à responsabilização. Nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992, quando as contas de um

¹⁸² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 91.

¹⁸³ Contra, Luciano Ferraz entende que mesmo a responsabilidade financeira reintegratória do agente público também apresenta natureza de responsabilidade civil: “A seara de responsabilidade do agente na Tomada de Contas Especial (TCE) é civil. O que importa é o patrimônio público incólume, perseguindo-se a recomposição do dano causado ao erário. No processo administrativo disciplinar (PA), por sua vez, o que se tutela é a disciplina dentro do serviço público, persegue-se o cumprimento escorreito das atribuições do cargo, emprego ou função” (FERRAZ, Luciano. *Tomada de Contas Especial, Responsabilidade Civil e Processo Administrativo Disciplinar*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 3, n. 26, abr. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br>>. Acesso em: 21 nov. 2014).

gestor público são julgadas irregulares, em caso de desfalque e desvio de recursos públicos ou de dano ao erário decorrente de ato ilegítimo ou antieconômico, o Tribunal fixará a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que de qualquer modo tenha concorrido para o cometimento do dano apurado. Também é possível a aplicação ao particular da multa proporcional ao débito¹⁸⁴ (art. 19) e, comprovada a ocorrência de fraude à licitação, o Tribunal ainda declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal¹⁸⁵.

Da leitura do art. 16, § 2º, da LOTCU infere-se que não seria permitida a imputação de responsabilidade financeira reintegratória somente a terceiro contratado ou interessado, de forma isolada, mas apenas a responsabilização de forma solidária ao agente público cuja atuação tenha sido considerada irregular. Durante muito tempo, este constituiu o entendimento pacífico da Corte de Contas, consolidado na Súmula 187 do TCU, segundo a qual não haveria como prosseguir com a TCE quando o dano fosse causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com agente público ou com particular equiparado a agente público¹⁸⁶. Saliente-se que este tipo de processo de contas possui cinco hipóteses de instauração: i) omissão no dever de prestar contas; ii) não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União; iii) desfalque de recursos públicos; e iv) prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, além de v) determinação pelo próprio Tribunal de Contas, em caso de omissão da autoridade competente diante das hipóteses anteriores¹⁸⁷. Ou seja, todas as hipóteses

¹⁸⁴ Conforme o Min. Benjamin Zymler, “Acrescente-se, ainda, que se consolidou, no âmbito do Tribunal de Contas da União, o entendimento no sentido de ser pertinente não só a imputação de débito ao terceiro – pessoa física ou jurídica – que deu causa ao prejuízo apurado, mas também a imposição a esse agente da multa de que trata o art. 57 da Lei 8.443/1992. Exemplo clássico em que operou a imputação de sanção dessa natureza ocorreu quando do julgamento de tomada de contas especial em que apuraram os prejuízos causados ao erário quando da construção do Fórum Trabalhista de Primeira Instância da Cidade de São Paulo (Acórdão nº 163/2001 – Plenário – Ata nº 28/2001, Sessão de 11.07.2001)” (ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 210-211).

¹⁸⁵ BRASIL. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

¹⁸⁶ “Sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, nas instâncias, próprias e distintas, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, dispensa-se, a juízo do Tribunal de Contas, a tomada de contas especial, quando houver dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial, causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com servidor da Administração Direta ou Indireta e de Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, de qualquer outra entidade que gerencie recursos públicos, independentemente de sua natureza jurídica ou do nível quantitativo de participação no capital social” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado de Súmula TCU. Súmula 187: Dano causado sem conluio com servidor público. Disponível em: <contas.tcu.gov.br>. Acesso em: 14 dez. 2014).

¹⁸⁷ BRASIL. Lei 8.443/1992, de 16 de julho de 1992. Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º

envolveriam a participação de algum agente (público ou particular equiparado) gerenciando recursos públicos, de tal sorte que a presença de indício de dano ao erário e de violação de dever de conduta por algum agente encarregado da gestão de recursos coletivos seria pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo administrativo em questão¹⁸⁸.

Essa interpretação seria claramente aplicável àqueles, por exemplo, que se envolvessem em acidentes que danificassem fisicamente patrimônio público, ou mesmo que o fizessem de forma dolosa. Quando constatado que o dano teria sido causado exclusivamente por um terceiro, sem nenhum vínculo com a Administração Pública, o processo de TCE seria encerrado sem o julgamento do mérito, e a apuração deverá ocorrer em processo judicial comum. Afinal, juridicamente, um particular não tem contas a prestar, a menos que tenha recebido recursos públicos para gerenciar, por meio de convênio ou contrato de repasse¹⁸⁹, quando será considerado equiparado ao agente público. Afastam-se, assim, os incidentes tradicionalmente objeto de responsabilidade civil extracontratual, apurados na esfera judicial cível¹⁹⁰, como casos em que o condutor de veículo privado venha a colidir com um veículo

desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. § 1º Não atendido o disposto no *caput* deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão.

¹⁸⁸ “Não obstante haver elementos para demonstrar a ocorrência de prejuízo para a fonte pagadora, [...], as apurações até aqui levadas a efeito não indicam a participação de nenhum agente público para a consumação do dano, conforme ratificou a Ilustre Representante do Parquet especializado junto a esta Corte de Contas, no Parecer transcrito no Relatório precedente. Destarte, consoante a já pacificada jurisprudência desta Corte, não estariam presentes todos os pressupostos necessários à instauração da presente Tomada de Contas Especial. Inexistindo, então, jurisdição do TCU sobre os atos praticados por agente que não tenha gerido recursos públicos, como ressaltado no já aludido Parecer do MP/TCU, e conforme já consignado nas Súmulas TCU n.ºs 186 e 187, inexistem os pressupostos processuais de desenvolvimento válido e regular desta TCE.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.857/2008 – Plenário. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Raimundo Carreiro. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2014).

¹⁸⁹ “O exame atento das competências dos Tribunais de Contas do Brasil revela que sua ação de controle externo dirige-se aos agentes da Administração Pública, por isso o texto constitucional é enfático ao referir-se a contas. Note-se que o constituinte empregou a expressão contas daqueles que derem causa, e não responsabilidade daqueles que derem causa” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 108).

¹⁹⁰ No mesmo sentido, Jacoby Fernandes entende que “pretendem alguns setores sujeitar todo e qualquer agente que cause dano ao erário também ao dever de responder à TCE, lastreando o entendimento no art. 71, II, da Constituição Federal [...] a leitura açodada do inciso II retro transcrito pode até induzir a noção de que basta, por qualquer motivo, o particular dar causa a perda, extravio, ou outra irregularidade que resulte em prejuízo ao erário para que exsurja o dever de prestar contas aos órgãos de controle, e, diante da omissão, a necessidade de instaurar TCE. [...] O dever de prestar contas, insculpido no inc. II, do art. 71, do Estatuto Político Fundamental, dirige-se ao controle externo da Administração Pública, fixando-se a competência das Cortes de Contas apenas e tão somente, como regra, sobre aqueles que atuam como agentes da Administração Pública, na mais ampla acepção [...] Há duas exceções a essa premissa, nas quais o particular, sem vínculo com a Administração, fica sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas: a primeira, quando em coautoria com servidor

oficial. Afastam-se também os casos nos quais um indivíduo cometa fraude documental para obter vantagem ilícita em benefícios previdenciários¹⁹¹. Nesse sentido, a falha na conduta do agente público é tradicionalmente definida como condição necessária da responsabilidade financeira reintegratória, que pode ser estendida ao agente particular apenas de forma solidária¹⁹².

Em síntese, os agentes públicos, uma vez que seus atos de gestão tenham sido considerados irregulares em processos de contas, devem responder pelo dano que estes atos provocaram ao erário, enquanto o particular responde de forma solidária por esse prejuízo quando é considerado seu causador, conjuntamente com o agente público. Embora possa ser responsabilizado em sede de processo de contas, o terceiro não possui “contas”: da leitura do parágrafo único do artigo 70 da Constituição constata-se que o particular contratado não está dentre aqueles que possuem contas a prestar, pois não utiliza, nem guarda, nem gerencia, nem administra bens e valores públicos, nem assume obrigações pecuniárias em nome da União. Em relação a ele, não é feita uma avaliação sobre a regularidade de atos de gestão (afinal, ele não praticou nenhum), mas sim sobre se, com sua conduta, teria concorrido de algum modo para o dano provocado pela conduta irregular do gestor público.

Se o particular contratado não possui “contas” e não se avaliam seus atos de gestão, não seria possível sustentar que sua responsabilidade financeira reintegratória (a ele necessariamente aplicada tendo em vista o disposto na Lei 8.443/1992) seja uma “modalidade autônoma” de responsabilização. O fato de o particular contratado não estar sujeito à

causa lesão aos cofres públicos, ficando ambos sujeitos a julgamento pelo TC em virtude do princípio da universalidade do juízo; e a segunda, por expressa disposição de Lei, quando está sujeito ao dever de prestar contas, por haver gerido recursos públicos. Tal ocorre, por exemplo, quando são transferidos valores mediante convênio, para serem empregados em finalidade específica e o responsável pela aplicação não presta contas ou não devolve os saldos financeiros [...] A competência dos Tribunais de Contas só se estabelece, quando subjacente ao dano, houver conduta de um agente jurisdicionado a essa Corte especializada, mesmo que tal conduta decorra de ato culposos, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum. p. 97 e 107).

¹⁹¹ GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade Financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. p. 210.

¹⁹² Nesse sentido, veja-se excerto do Voto condutor do Acórdão 640/2006 – Plenário: “23. Saliento que quando o particular não mantém vínculo com a Administração e também não atua como gestor público não há julgamento de suas contas, pois elas não existem. Só tem contas a prestar aquele a quem se confiou a gestão de recursos públicos, conforme disposto no mencionado parágrafo único do art. 70 da Constituição de 1988. 24. Por via de consequência, caso haja dano ao erário, os agentes públicos envolvidos devem ter suas contas julgadas irregulares e ser condenados a responder por esse prejuízo causado ao erário, enquanto o particular apenas deve responder solidariamente com os agentes públicos pelo débito porventura existente” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 640/2006 – Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. TC 003.197/2001-6. Tomada de Contas Especial. Brasília, 3 de Maio de 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 dez. 2014). No mesmo sentido, o Acórdão 4.750/2009 – 2ª Câmara, Acórdão 3.265/2010 – 2ª Câmara, e Acórdão 2.663/2010 – Plenário, todos do Tribunal de Contas da União.

obrigação de prestar contas não implica que ele não possa ser responsabilizado em sede de controle externo (contanto que concorra, conjuntamente com o agente público que tenha descumprido a própria obrigação de prestar contas para causar dano ao erário), mas o fundamento constitucional de sua responsabilização não estaria no artigo 71, inc. II, mesmo que este se refira às “contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”. Estes particulares, por expressa previsão legal, poderão ser responsabilizados conjuntamente com os agentes que detivessem contas a prestar nas hipóteses estabelecidas, mas sua responsabilidade não terá como fundamento o descumprimento de um dever jurídico imposto a outrem. Resta, como fundamento de sua responsabilização, a mesma obrigação geral de não causar dano a outrem, como uma modalidade de responsabilidade civil, apenas aplicada por órgão constitucional específico por expressa previsão constitucional e legal.

Recentemente, entretanto, houve mudança neste entendimento. Segundo o Voto condutor do Acórdão 946/2013 – Plenário¹⁹³, dispensou-se até mesmo a participação culposa do agente público como pressuposto necessário à caracterização do dano ao erário e à imputação ao particular, na condição de causador, adotando interpretação segundo a qual qualquer pessoa que tenha dado causa a um dano ao erário teria “contas a prestar” e ampliando significativamente a possibilidade de atuação do Tribunal de Contas no controle de

¹⁹³ Reputa-se relevante a transcrição do trecho principal: “56. Acerca do assunto, sou da opinião que a leitura do art. 71, inciso II, da Constituição Federal não permite a conclusão de que a condenação em débito daquele que der causa a prejuízo ao erário público somente ocorrerá se houve a condenação solidária de agente público. Nesse sentido, entendo que o dispositivo definiu dois espaços de atuação distintos da competência do Tribunal de julgar contas: a dos agentes que exercem múnus público e de qualquer pessoa que deu causa a um dano ao erário. 57. Quando se estabeleceu a jurisdição do TCU sobre aqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, o dispositivo não exigiu a participação de agentes administrativos nos atos jurídicos praticados por tais sujeitos. Tal exegese somente seria possível se a aludida norma tivesse, por exemplo, essa redação: ‘Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] II. Julgar as contas: a) dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal; b) daqueles que, em conjunto com os administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;’ 58. Todavia, entendo que extrair da aludida norma o sentido expresso na redação acima implica desconstruir o significado do texto constitucional, o que é absolutamente vedado ao intérprete. [...] 60. Com isso, concluo que o agente particular que tenha dado causa a um dano ao erário está sujeito à jurisdição desta Corte de Contas, independentemente de ter atuado em conjunto com agente da Administração Pública, conforme o a art. 71, inciso II, da Constituição Federal. 61. Isso não implica, por óbvio, que o TCU deve atuar em todas as situações em uma pessoa jurídica privada tenha causado um prejuízo aos cofres públicos” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 946/2013 – Plenário. Tomada de Contas Especial. TC 004.526/2001-0. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 17 de abril de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br.> Acesso em: 13 dez. 2014).

contratos administrativos realizado por imputação de responsabilidade¹⁹⁴. Caberia assim, ao próprio Tribunal de Contas delimitar as situações em que os particulares estão sujeitos à sua jurisdição¹⁹⁵. A interpretação merece críticas, pois a necessidade de participação de agentes administrativos para a responsabilização do particular contratado não é dada pela redação do artigo 71, inciso II, mas pelo parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal. É este dispositivo que estabelece quem tem o dever de prestar contas, limitando a apuração dos danos causados por particulares contratados àqueles praticados conjuntamente com algum agente que já tivesse contas a prestar.

Dessa forma, ao contrário do disposto no Voto condutor do Acórdão 946/2013 – Plenário, não é possível, a partir do artigo 71, inc. II, entender que todos aqueles que “derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário” tenham contas a prestar. Como aduzido pelo próprio Voto, as “contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”, nos termos da parte final do dispositivo constitucional em exame, distinguem-se das “contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos” somente pelo fato de referirem-se a um evento específico. Exigem, assim, a instauração de contas especiais, não se confundindo com as contas ordinárias e anuais às quais se refere a primeira parte do dispositivo constitucional, relativas ao exercício financeiro como um todo¹⁹⁶. Continuam sendo “contas”, a avaliação dos elementos subjetivos e objetivos da conduta de gestão dos recursos públicos. Diferentemente do asseverado no Voto condutor do Acórdão 946/2013 – Plenário¹⁹⁷, se a parte inicial e a parte final do dispositivo versam sobre situações distintas, a

¹⁹⁴ Em sentido análogo, o Acórdão TCU 8.650/2013 – 1ª Câmara, e os Acórdãos TCU 1.680/2013, 2.056/2013 e 2.677/2013, todos proferidos pelo Plenário.

¹⁹⁵ A Lei 8.443/1992 utiliza o termo *jurisdição* no sentido de limite subjetivo da atuação do Tribunal de Contas da União. A discussão sobre a atividade das Cortes de Contas constituir atividade jurisdicional ou não está contida na seção I.a.1.

¹⁹⁶ Como reconhece o próprio voto condutor do julgado: “48. A segunda parte do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, por sua vez, atribui ao TCU a competência para julgar: “II - [...] as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” (segunda parte). 49. Nesse caso, exige-se um evento específico para ocorrer a necessidade da apresentação das contas, qual seja, a existência de eventual prejuízo ao patrimônio público. Por isso, trata-se de contas especiais ou não ordinárias.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 946/2013 – Plenário. Tomada de Contas Especial. TC 004.526/2001-0. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 17 de abril de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 dez. 2014).

¹⁹⁷ “51. Poder-se-ia, é bem verdade, interpretar que essa segunda parte do mencionado inciso II abrange somente aqueles tratados na primeira parte desse inciso, ou seja, os responsáveis por bens públicos. Entretanto, caso se adote tal entendimento, chegar-se-ia à conclusão de que a segunda parte do dispositivo em exame encerraria uma regra inútil, ou seja, uma redundância, porquanto os agentes públicos ou particulares a exercer múnus público, independentemente de terem cometido dano ou não, já são alcançados pelo dever de prestar contas e estão sujeitos à jurisdição do TCU. Trata-se, portanto, de ilação a ser rechaçada. 52. Outra interpretação possível seria a de que a norma somente se refere aos agentes públicos não responsáveis originariamente pela gestão de bens. Ou seja, aqueles servidores públicos ou agentes particulares no exercício de múnus público,

serem avaliados em processos de contas de espécies, escopos e finalidades diferentes, limitar os responsáveis abrangidos pela segunda parte aos referenciados na primeira não transformaria a segunda parte do dispositivo em uma regra inócua.

Além disso, a Lei 8.443/1992 estabelece, em seu artigo 5º, que a jurisdição do Tribunal de Contas da União abrange não só qualquer pessoa física ou jurídica que gerencie recursos públicos, mas também “aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário”, o que poderia parecer mera repetição do art. 71, inciso II, da CF/1988. Entretanto, a leitura atenta permite concluir que o dispositivo infraconstitucional não se restringe às “contas daqueles que derem causa a perda, extravio, ou outra irregularidade”, mas também permite a imputação de responsabilidade reintegratória e sancionatória mesmo que o jurisdicionado não tenha contas a prestar. Note-se, porém, que uma interpretação que considere todos os dispositivos da Lei Orgânica (inclusive o art. 16, § 2º) levará à conclusão que a imputação de débito somente poderá ocorrer de forma solidária, quando se verificar que o particular contratado ou interessado concorreu para: a) o dano decorrente do ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, praticado pelo agente que teve suas contas julgadas irregulares; b) o desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, também realizado pelo agente que teve suas contas julgadas irregulares. Não cabe alegar que o artigo 16, § 2º, da Lei Orgânica do TCU apenas definiria procedimentos a serem adotados nos processos de contas¹⁹⁸, pois sem a observância destes procedimentos não é juridicamente possível a responsabilização.

não incluídos no rol de responsáveis das contas ordinárias. Por não estarem abrangidos na primeira parte do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, seria razoável supor que a segunda parte do inciso II a eles se refira. 53. Entretanto, entender desse modo significa impor uma restrição não autorizada ao significado da norma constitucional. Ora, se a parte final do dispositivo em exame preconiza que compete ao TCU julgar as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, não há qualquer razão jurídica para delimitar o sentido da expressão “daqueles” aos agentes administrativos ou particulares no exercício de múnus público. 54. Desse modo, é assente que a parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal alcança os agentes particulares, os quais terão de prestar contas e serão sujeitos à jurisdição do TCU, caso deem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 946/2013 – Plenário. Tomada de Contas Especial. TC 004.526/2001-0. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 17 de abril de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 dez. 2014).

¹⁹⁸ Ao contrário do que disposto no Acórdão 946/2013 – Plenário, segundo o qual: “67. Desta feita, ao se adotar uma apreciação sistemática da Lei nº 8.443/1992, parece-me que o seu art. 16, § 2º, não trata da definição do campo jurisdicional do TCU, mas de meros procedimentos a serem adotados nos processos de contas. [...] 69. Em suma, pode-se concluir que, quando a norma determina que cabe ao TCU ‘fixar responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado’, ela está a firmar o procedimento a ser adotado quando houver fundamentos jurídicos para a fixação da solidariedade. Não se vislumbra aqui, repito, qualquer limitação ao alcance de jurisdição, no sentido de que terceiros que tenham lesado o erário sem a coparticipação de agentes públicos não se submetem a esta Corte de Contas.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 946/2013 – Plenário. Tomada de Contas Especial. TC

Quanto ao fato de a responsabilidade civil do agente público, em sentido estrito, estar prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição (e não no art. 71, inc. II), é de se ressaltar que a previsão é referente apenas a danos causados a terceiros, não ao dano causado ao patrimônio financeiro do ente público (erário). Nesses casos, uma previsão da responsabilidade civil extracontratual do agente público pode ser encontrada no art. 122 da Lei 8.112/1991, quando se estabelece, em relação ao servidor público federal, que a sua “responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros”. Neste caso, a responsabilidade não envolve a avaliação dos atos de gestão realizada pelo servidor, em sede de processo de contas, mas sim em processo administrativo disciplinar. Em caso de discordância do servidor quanto à reparação, será necessário se mover ação judicial, realizando-se eventualmente o desconto em folha de pagamento, mas somente após em caso de inexistência de bens que garantam a execução do débito¹⁹⁹ e após o trânsito em julgado da condenação²⁰⁰.

A concepção segundo a qual a responsabilidade financeira seria autônoma e fundamentada em dispositivo constitucional específico, assim, mostra-se adequada para caracterizar somente a responsabilidade daquele que tem contas a prestar por efetivamente ter gerenciado recursos públicos e causado danos ao erário com sua atuação irregular, mas não para a responsabilização solidária do particular contratado. Esta permanece como modalidade de responsabilidade civil, pois ainda que a forma pela qual ela seja aplicada esteja estabelecida em legislação específica, deverão estar presente os pressupostos tradicionais, extraídos a partir da análise do art. 19 em conjunto com o artigo 16, inciso III e § 2º, ambos da LOTCU²⁰¹: i) o dano, que assume a feição de desvio, desfalque ou prejuízo causado por

004.526/2001-0. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 17 de abril de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 dez. 2014).

¹⁹⁹ BRASIL. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Art. 122. § 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

²⁰⁰ “4. Responsabilidade civil de servidor. Hipótese em que não se aplica a auto-executoriedade do procedimento administrativo. 5. A Administração acha-se restrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civis e penais. 6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança 24.182/DF. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014).

²⁰¹ Para a concepção que compreende a responsabilidade reintegratória como modalidade de responsabilidade civil, “[...] o TCU, ao examinar os atos dos gestores e demais agentes sujeitos à sua ‘jurisdição’, leva em conta o aspecto subjetivo de suas condutas. A responsabilidade subjetiva, deve-se ressaltar, contrapõe-se à responsabilidade objetiva. Da responsabilidade objetiva decorre a obrigação de reparar o dano causado, desde que estejam presentes os seguintes requisitos clássicos: a) ação (comissiva ou omissiva) e antijurídica do agente; b) existência de dano; c) nexo de causalidade entre a ação e o dano verificado. Ao se tratar, porém, da responsabilidade subjetiva, exige-se, além dos elementos anteriormente relacionados, a identificação de culpa

contratação antieconômica; ii) a conduta contrária ao Direito; e iii) o nexo causal entre a conduta ilícita e o dano constatado.

Logo, há diferenças na forma de se analisarem os pressupostos “dano”, “conduta ilícita”, e “nexo de causalidade”, mas o Código Civil será aplicável naquilo que a legislação específica não dispuser a respeito. Do exame dos dispositivos que trazem a previsão da responsabilidade financeira reintegratória em processo de contas, observa-se que a Lei 8.443/1992 deixa clara a necessidade da existência de um “débito”, ou seja, de um “dano quantificado” (ou “dano apurado”, na expressão do art. 16, § 2º, alínea “b”)²⁰². Quando não existe dano²⁰³, ou quando não é possível se quantificá-lo, subsiste apenas a responsabilidade financeira sancionatória pela prática de conduta irregular²⁰⁴, na forma de aplicação de multa (art. 19, parágrafo único). É necessária a ocorrência de conduta do agente público que “praticou o ato irregular” e do terceiro que “haja concorrido” para o dano. Por fim, é preciso que o dano em questão tenha sido decorrente do ato ilegítimo ou antieconômico, ou consista ele próprio um desvio ou desfalque doloso ao erário, configurando-se um nexo de causalidade entre o dano e a conduta. Dessa forma, a responsabilidade financeira reintegratória utiliza a metodologia da responsabilização civil para imputar um dano a determinados agentes qualificados como seus causadores, os quais passam a responder por ele.

Além de compartilharem os mesmos pressupostos subjetivos e objetivos (conduta, dano, nexo de causalidade, dolo ou culpa), o aspecto reparatório ou compensatório da responsabilidade civil é semelhante ao da responsabilidade financeira reintegratória. Dentre as diferenças, ressalta-se que esta requer que a conduta ilícita do gestor consista na violação de regras ou princípios de gestão pública consubstanciados na prática de “ato de gestão ilegítimo

do agente” (ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 205-206). Para a concepção que a entende como modalidade autônoma, há requisitos similares, mas não se considera sua aplicabilidade à responsabilidade do particular contratado: “A responsabilidade financeira reintegratória tem por paradigma a responsabilidade civil subjetiva, sem entretanto se confundir com esta tradicional espécie de responsabilidade jurídica. Aos requisitos da responsabilidade civil, acrescenta-se o exercício da gestão de bens, dinheiros e valores públicos e a violação de normas atinentes a esta atividade. Para a configuração da responsabilidade financeira reintegratória exige-se a conduta humana voluntária, o dano ao erário, a violação de normas pertinentes à gestão pública, o nexo de causalidade e a ausência de excludentes de responsabilidade” (GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. p. 170).

²⁰² Caso o gestor simplesmente se omita na tarefa de prestar contas dos recursos que recebeu para gerenciar, o destino dos valores se torna desconhecido, e presume-se o dano ao erário.

²⁰³ Por exemplo, na simples prática de ato com infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial.

²⁰⁴ Em determinadas situações de omissão no dever de prestar contas, e de ato ilegítimo ou antieconômico, no qual não se consiga determinar nem por estimativa o dano causado. O art. 19, parágrafo único não traz a ocorrência de desfalque ou desvio como hipótese de aplicação da multa pelo art. 58, pois, nesse caso, necessariamente haverá um dano ao erário quantificável.

e antieconômico”, e não no simples *neminem laedere*. Cada um de seus pressupostos exige uma análise particular, principalmente quanto às condutas do agente público e do agente particular contratado responsabilizado de forma solidária (Seção II.2).

II.1.2 A responsabilidade financeira contratual e a responsabilidade financeira extracontratual

Outro passo para se esclarecer a natureza jurídica da responsabilidade financeira reintegratória em caso de superfaturamento por preços excessivos é classificar o dever jurídico originário de cujo descumprimento ela se origina. Lembre-se que a responsabilidade se caracteriza como a imputação de um dever sucessivo, de natureza distinta²⁰⁵, que surge quando a violação de um dever jurídico original ocasiona um prejuízo. Nessa análise, quando se descumpre uma obrigação cuja origem é um negócio jurídico praticado no âmbito da autonomia privada, há responsabilidade contratual²⁰⁶, ao passo que a responsabilidade civil propriamente dita teria como causa a prática de atos ilícitos²⁰⁷. Juridicamente, assim, classifica-se a imputação de responsabilidade de acordo com categorias de interesses tutelados.

Como o superfaturamento por preços excessivos ocorre pela celebração e execução de um contrato administrativo a preços superiores aos de mercado, é difícil identificar o dever jurídico violado do agente particular contratado, a começar pela sua caracterização como contratual ou extracontratual. Esclareça-se que um processo de responsabilidade financeira tanto pode examinar deveres jurídicos previstos em contratos administrativos, como aqueles previstos em enunciados normativos e em princípios gerais de direito. É plenamente possível, em sede de Corte de Contas, imputar-se débito a um particular contratado por um descumprimento contratual, contanto que esse descumprimento tenha sido ocasionado ou permitido por uma atuação culposa de um agente público²⁰⁸. Nesse sentido, uma TCE que

²⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

²⁰⁶ As diferenças entre os termos “responsabilidade negocial” e “responsabilidade contratual” não são relevantes para os fins desse trabalho, que aborda um conceito no qual os termos podem ser utilizados como sinônimos.

²⁰⁷ No mesmo sentido, se a transgressão se refere a um dever assumido em negócio jurídico, há um ilícito negocial – normalmente denominado ilícito contratual, pelo fato de que a maior parte dos negócios jurídicos reveste a forma de contratos. Se a transgressão se refere a um dever que não foi gerado por um negócio jurídico, o ilícito é denominado de extracontratual. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.15.

²⁰⁸ Consoante o Voto condutor do Acórdão TCU 1.107/2007 – Plenário: “Uma inexecução contratual da qual decorreu dano ao erário federal só interessa ao TCU quando estiver presente uma conduta dolosa ou culposa de algum agente público. Nesse caso, haverá responsabilidade solidária da entidade privada e dos agentes

verifique o prejuízo causado pelo inadimplemento total ou parcial de um dever assumido em função de um contrato, evidentemente, configurará modalidade de responsabilidade financeira contratual.

Por meio das regras de responsabilidade negocial, o direito das obrigações protege o interesse de uma pessoa na realização de suas expectativas, quando estas nascem de compromissos assumidos por outra pessoa, em um negócio jurídico. Para tutelar essa expectativa do credor, é possível se coagir o devedor ao cumprimento integral da prestação a que se comprometeu ou, quando isso não for possível, utilizar o patrimônio deste para colocar o primeiro na situação econômica em que estaria se a obrigação houvesse sido cumprida²⁰⁹. O objetivo é tutelar as expectativas legítimas de acréscimo patrimonial formadas pelo credor, determinando-se até que ponto essas expectativas seriam legítimas ou desarrazoadas.

A responsabilidade negocial, dessa forma, materializa-se quando há inexecução contratual²¹⁰ (mora ou inadimplemento) imputável ao devedor, resultando na imputação de um dever sucessivo decorrente da violação de um dever primário estabelecido no contrato, e envolve a reparação dos danos resultantes desse inadimplemento²¹¹. A nova obrigação de reparar o prejuízo consequente à inexecução substitui a obrigação preexistente no todo ou em parte²¹². Em se tratando de contrato administrativo, cada parte responde pelas consequências de sua inexecução total ou parcial, e o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado (cf. arts. 66 e 70, da LLC).

públicos envolvidos. Tal entendimento encontra supedâneo no art. 16, § 2º, 'b', da Lei Orgânica do TCU, o qual estabelece que nas hipóteses do inciso III, alíneas 'c' e 'd', desse mesmo artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. Por outro lado, se não houver culpa lato sensu de nenhum agente público, a lesão suportada pelos cofres públicos deverá ser sanada por meio da competente ação judicial. Assim, nessa última hipótese, a questão será resolvida fora do âmbito de atuação desta Corte de Contas (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.107/2007 – Plenário. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 12 de junho de 2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2014).

²⁰⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 41.

²¹⁰ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2003. Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

²¹¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 523.

²¹² BECKER, Anelise. *Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil*. Revista de Direito do Consumidor, v. 13. p. 42-55, jan./1995. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 10 set. 2014.

A responsabilidade extracontratual, por outro lado, tutela a pretensão do credor à reparação dos danos que tenha sofrido, de modo que ele seja restituído à situação na qual estaria se não houvesse ocorrido o fato lesivo²¹³. Suas finalidades são: i) restabelecer o equilíbrio jurídico e econômico anteriormente existente entre os agentes, repondo-se a vítima a uma situação anterior à lesão mediante pagamento de indenização fixada em proporção ao dano²¹⁴; e ii) reduzir a gravidade e a quantidade dos fatos lesivos, mediante a adoção de medidas de precaução adequadas (nem insuficientes, nem excessivas a ponto de serem inviáveis)²¹⁵. Haverá responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim em alguma lei, ou na ordem jurídica²¹⁶. Assim, embora em ambas as espécies haja a violação de dever jurídico preexistente, na responsabilidade contratual o negócio jurídico previamente celebrado oferece informações para definir qual deveria ter sido o comportamento dos contratantes. Na responsabilidade negocial, a prestação jurídica a ser realizada é assumida voluntariamente pelo devedor, ao passo que na responsabilidade extracontratual existe apenas o dever genérico de não causar danos, dirigido a todas as pessoas e de natureza diversa da específica obrigação negocial de satisfazer a prestação acordada²¹⁷.

Ressalve-se, todavia, que a existência de relação contratual não absorve nem permite prever todos os danos que uma parte possa causar a outra durante a duração dessa relação ou mesmo por ocasião do negócio. É possível que, apesar da existência de uma relação contratual entre as partes, os prejuízos que motivaram o contrato tenham origem externa à prestação contratual²¹⁸. De toda sorte, aquilo que fica fora de uma relação negocial será regido pela responsabilidade civil extracontratual, e, a *contrario sensu*, aquilo que foi objeto de negociação pelas partes deverá ser objeto de responsabilidade negocial.

Além do fato de que o dever violado é definido a partir de um vínculo preexistente, outra diferença entre a responsabilidade contratual e a extracontratual é que, na primeira, a

²¹³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 42.

²¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13.

²¹⁵ CALABRESI, Guido. *The cost of accidents – a legal and economic analysis*. New Haven: Yale, 1972. p. 30.

²¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15-16.

²¹⁷ Nessas hipóteses de inadimplemento contratual, aquilo que se realiza no patrimônio do credor não é a prestação originalmente devida, nem seu equivalente econômico, mas sim um objeto diverso: o equivalente ao dano produzido pelo inadimplemento. Ver: EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (coord.). *Os 10 anos do código civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 342.

²¹⁸ EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (coord.). *Os 10 anos do código civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 351-352.

culpa costuma ser presumida²¹⁹. Cabe ao credor demonstrar somente que a obrigação não foi cumprida e que o resultado não foi alcançado, e o devedor é que deverá demonstrar que não violou nenhum dever de cuidado que lhe era exigível (ou que o prejuízo teria sido causado de qualquer forma, rompendo-se o nexo causal)²²⁰. Nesse sentido, é possível se afirmar que a responsabilidade negocial é um caso específico da responsabilidade civil geral²²¹, e tal circunstância explicaria porque as duas não contêm princípios jurídicos conflitantes, esclareceria as similaridades entre um e outro instituto e determinaria que, quando o regime de responsabilidade negocial não apresentar norma específica, deverá ser aplicada a responsabilidade civil geral²²². Há, para a responsabilidade contratual²²³, tudo o que há na responsabilidade extracontratual – conduta, nexo causal e dano, e elas são reguladas pelos mesmos princípios²²⁴. Isso torna possível defender que, a rigor, não haveria diferença substancial entre as duas modalidades²²⁵.

²¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 290.

²²⁰ Se o contrato envolveu simples obrigação de meio, entretanto, a responsabilidade será fundada na culpa provada, não presumida. Ver: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 290. No mesmo sentido: EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (coord.). *Os 10 anos do código civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 340.

²²¹ O Código de Defesa do Consumidor deixa de fazer distinção rígida entre responsabilidade contratual e extracontratual, por exemplo, quanto à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas de acidentes de consumo, a responsabilidade do fornecedor é submetida a um tratamento unitário, tendo em vista que embasa a imputação na violação de um “dever de segurança”: o defeito do produto ou do serviço lançado no mercado, que dá causa a um acidente de consumo, em uma relação que pode ou não ser negocial. Ver: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 290. Em sentido análogo: EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (coord.). *Os 10 anos do código civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 350.

²²² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 524.

²²³ Quando se examinam os dispositivos do Código Civil, a responsabilidade contratual está baseada nos artigos 389 a 391, que fornecem os elementos para se interpretar o que deve ser imputado àquele que descumprir uma obrigação de fazer, de dar, ou de não fazer. Como os enunciados normativos não trazem informações sobre o que constituiria um ilícito contratual, permite-se a conclusão de que podem ser adotados os conceitos trazidos por outros dispositivos para o ato ilícito (em sua configuração padrão, do art. 186, e equiparada, do art. 187), de forma que o conceito de “ilicitude” possua uma unidade sistemática, aplicável ao âmbito contratual e extracontratual. Cf. TARTUCE, Flávio. *A responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011. p. 56.

²²⁴ A literatura de Análise Econômica do Direito, por outro lado, costuma tratar a responsabilidade civil por acidentes de maneira separada da inadimplência contratual. A teoria econômica da responsabilidade civil foca nos incentivos que as diferentes modalidades de imputação geram sobre o nível de precaução adotado pelas partes na prevenção de *acidentes*, enquanto a teoria econômica do direito contratual aborda os incentivos com que as partes se deparam para cumprir ou descumprir suas obrigações, no caso do devedor, ou para confiar ou desconfiar de que a outra parte cumprirá as promessas que realizou. Observe-se, entretanto, que as decisões de cumprimento contratual (pelo devedor) e sobre o investimento que o credor fará, para maximizar seus lucros, na expectativa que o contrato seja cumprido (investimento “em confiança”) podem ser modeladas da mesma forma que as decisões de se adotarem medidas de precaução para a redução da quantidade e da gravidade dos acidentes, e as regras que induzem um comportamento eficiente em situações contratuais são paralelas às regras que induzem um comportamento eficiente em situações extracontratuais. COLOMA, German; PERNICE, Sergio. *Elementos para uma teoria económica unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual*. In: ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ECONOMÍA POLÍTICA. *Anales*. Córdoba: AAEP,

O direito brasileiro, entretanto, apresenta distinções no regime jurídico ao qual a responsabilidade contratual e a extracontratual estão submetidas²²⁶, principalmente no que toca aos fatores de imputação, às cláusulas de exoneração de responsabilidade e de não indenizar, ao ônus da prova, aos prazos prescricionais²²⁷, à incidência dos juros moratórios²²⁸, à definição da autoridade competente para apreciar as demandas apresentadas e à imposição de solidariedade entre os devedores. O tratamento dispensado aos danos emergentes e aos lucros cessantes pelo no Código Civil não faz distinção se a responsabilidade decorre de violação contratual ou extracontratual²²⁹. De forma análoga, os artigos relativos à fixação da indenização são aplicáveis a ambos os regimes de responsabilidade²³⁰.

A responsabilidade, assim, abrange os danos resultantes da violação do dever geral de respeito pela integridade física e patrimonial alheia, tanto aqueles causados a pessoas que não estavam ligadas ao lesante por nenhum negócio jurídico, quanto aqueles que, embora causados a alguém ligado ao lesante, sejam resultado da violação de deveres gerais superiores

2000, p.8. Disponível em: <www.ucema.edu.ar/u/gcoloma/responsab.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2014. Ver também: COOTER, Robert. *Unity in tort, contract and property: the model of precaution*. California Law Review, vol. 73, n. 1. p. 1-51, jan. 1985. Disponível em: <works.bepress.com/robert_cooter/14/>. Acesso em: 12 jun. 2014.

²²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 288. Observe-se que se o ilícito civil é sempre a violação de um dever jurídico, em nada altera a essência da culpa se esse dever violado (o parâmetro de cuidado juridicamente exigível) é estabelecido a partir da análise de um contrato elaborado a partir da vontade das partes envolvidas, de um enunciado normativo, ou de um princípio geral de direito.

²²⁶ EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (coord.). *Os 10 anos do código civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 338.

²²⁷ Apesar da existência do prazo de 3 anos para a pretensão de reparação civil (art. 206, § 6º, inciso V, do CC/2002), a jurisprudência entende que o dispositivo só se aplica à responsabilidade extracontratual. No caso de inadimplemento contratual, não havendo disposição pactuada em contrário, incidiria o prazo prescricional de 10 anos, cf. art. 205 do Código Civil. Cf: EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (coord.). *Os 10 anos do código civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 341.

²²⁸ Em caso de responsabilidade contratual, os juros de mora devem correr a partir da citação inicial processual, nos termos do art. 405, do CC/2002. Embora o art. 398 do CC/2002 preveja que “Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”, o STJ, cf. sua Súmula 54, o “interpreta” de modo que os juros moratórios devam fluir a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

²²⁹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2003. Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

²³⁰ TARTUCE, Flávio. *A responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011. p.58.

e preexistentes a esse negócio, de forma que não devem ser encarados como violação específica dele²³¹.

Na prática, a regulação jurídica faz determinadas distinções mesmo que existam zonas que não correspondam de forma clara a nenhum dos regimes, difíceis de serem enquadradas em um deles²³². É possível apontar situações nas quais o ilícito não é causado a um dos contratantes, mas a um terceiro, ou nas quais um terceiro pratica uma conduta considerada ilícita contra um ou ambos os contratantes. A responsabilidade pré-contratual pela quebra arbitrária das negociações também não se qualifica como violação dos deveres assumidos em sede contratual, consistindo na obrigação de reparar os danos decorrente do fato de, nas negociações preliminares do contrato, uma das partes de forma desleal criar a convicção de que o negócio se realizaria²³³. No caso em exame, pela dificuldade em identificar o dever jurídico violado, não fica claro se a questão da contratação a preços superiores aos de mercado é de responsabilidade contratual ou extracontratual.

Por fim, a responsabilidade resultante da celebração de um contrato anulável é contratual, mas a que deriva do contrato nulo oferece, à parte a quem compete, a escolha entre demandar com fundamento nas relações do contrato e pedir a reparação do dano extracontratual²³⁴. Saliente-se, entretanto, que a hipótese é referente ao dano causado à parte que estava de boa-fé pela parte que contratou sabendo que o negócio seria nulo, o que não se enquadra na hipótese em exame.

Dentre as possíveis modalidades de “superfaturamento” (I.2.1), o superfaturamento de quantidades (a medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas)

²³¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 452-453.

²³² EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (coord.). *Os 10 anos do código civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 349. Para uma abordagem econômica, ver: ACCIARRI, Hugo; CASTELLANO, Andrea; BARBERO, Andrea. *Daños, Instituciones e Incentivos: hacia un modelo unificado de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Asociación Argentina de Economía Política Annual Papers. Buenos Aires, 2001. p. 5. Disponível em: <www.aaep.org.ar/anales/works/works2001/acciarri_castellano_barbero.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2014.

²³³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 478. Há responsabilidade pré-contratual, por exemplo, quando ocorre uma *ruptura arbitrária das negociações*, contrariando o consentimento que até o momento havia sido dado – de tal modo que, se a outra parte soubesse desse risco de ruptura repentina, não teria tomado as medidas que adotou. A quebra injustificada das negociações preliminares prejudica a parte que realizou investimentos na confiança de que o contrato seria celebrado (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 554). Observe-se que a responsabilidade pré-contratual é uma construção apoiada no princípio da *boa-fé objetiva*: o art. 422 do Código Civil estabelece que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé, mas é possível se sustentar a aplicação de tal princípio a todas as fases do contrato, incluindo as fases pré-contratual e pós-contratual.

²³⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 170.

e o superfaturamento por execução de serviço com qualidade deficiente (de que resulte diminuição de sua qualidade, vida útil ou segurança) são facilmente caracterizadas como ilícitos contratuais. Constatada sua ocorrência, é nítido o inadimplemento contratual, e o Tribunal de Contas poderá imputar a responsabilidade ao agente público que estava encarregado de fiscalizar a execução²³⁵ e de receber o objeto contratual²³⁶, de forma solidária ao contratado que descumpriu sua obrigação.

Quanto a diferenças entre a qualidade contratada e a qualidade entregue, o contratado é obrigado a reparar, corrigir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados (art. 69, da Lei 8.666/1993). Se estes defeitos não forem detectados pelo agente público encarregado do recebimento do objeto contratual, este pode responder em caso de negligência juntamente com o contratado em sede de TCE²³⁷. Nesse caso, a responsabilidade do agente público decorre da violação do dever de prestar contas de sua gestão, maculada por infração à norma legal de natureza operacional e patrimonial e por ato antieconômico (suas contas são julgadas irregulares com fulcro no art. 16, inciso III, alíneas “b” e “c”²³⁸). Considera-se que o terceiro contratado concorreu para o dano apurado com o descumprimento culposo ou doloso do dever contratual, imputando-se-lhe responsabilidade de forma solidária.

²³⁵ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. § 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados. § 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

²³⁶ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido: I - em se tratando de obras e serviços: a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado; b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei; II - em se tratando de compras ou de locação de equipamentos: a) provisoriamente, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação; b) definitivamente, após a verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação.

²³⁷ Lembre-se, ademais, que o recebimento definitivo de obra não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, nos termos do art. 73, § 3º, da Lei 8.666/1993.

²³⁸ A título de ilustração, citam-se o Acórdão 695/2012 – 2ª Câmara (TCE. Rel. Min. André Luís de Carvalho. Brasília, 7 de fevereiro de 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 03 dez. 2014), o Acórdão 2.841/2012 – Plenário (TCE. Rel. Min. Marcos Bemquerer. Brasília, DF. Sessão: 17 de outubro de 2012. Disponível em: Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 03 dez. 2014) e o Acórdão 1.251/2012 – 1ª Câmara (TCE. Rel. Min. Ana Arraes. Brasília, 13 de março de 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 03 dez. 2014).

Por fim, as alterações relativas ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato (“jogo de planilha”, “jogo de cronograma”, etc.), de forma análoga ao superfaturamento de quantidades e de qualidade, também são fruto de condutas adotadas durante a execução contratual.

O superfaturamento por preços excessivos, por outro lado, é decorrente de condutas anteriores à celebração do contrato, da apresentação de proposta cujos valores superem os praticados pelo mercado (por parte do particular licitante) e, por parte do gestor público responsável pela contratação, a ausência de verificação da compatibilidade entre os preços das propostas e os preços praticados pelo mercado. Diferentemente das figuras anteriormente analisadas, no superfaturamento por preços excessivos não se discute um descumprimento de uma obrigação originalmente pactuada. O contrato foi executado pelo particular, que forneceu a prestação prometida, tendo porém sido cobrados preços em alguma medida superiores aos normalmente praticados pelo mercado, a ponto de se qualificar a contratação como “antieconômica” e “lesiva ao erário”. Em uma primeira análise, por exclusão, isso seria suficiente para enquadrar a responsabilidade como extracontratual.

Entretanto, também não há correspondência com o cenário tradicional encontrado na responsabilidade aquiliana, no qual um sujeito de direitos interfere na atividade desempenhada por outro agente com o qual anteriormente não possuía uma relação jurídica. Não ocorre o surgimento de uma relação entre duas partes as quais até o fato danoso não possuíam vinculação jurídica. Há relações jurídicas prévias entre uma organização (a Administração Pública), um de seus agentes, e alguém que tenha celebrado uma relação contratual com a primeira, a qual se alega ter sido antieconômica, originariamente desequilibrada e lesiva para a Administração.

A dificuldade em classificar a responsabilidade já é indício de que há uma inconsistência na definição do dever jurídico violado na responsabilidade financeira reintegratória, quando imputada de forma solidária ao particular contratado em caso de superfaturamento por preços excessivos. A posição unificadora se destina a minimizar os custos (e as incertezas) dessa atividade de enquadramento, a partir da identificação de um conjunto de elementos comuns a ambos os campos, que podem ser tratados de forma comum. De toda sorte, do exame das teorias contratual e extracontratual da responsabilidade, observa-se que em ambos os casos é imprescindível se avaliar a conduta adotada por cada parte, de forma subjetiva, a não ser em caso de expressa disposição legal. Em ambas, a configuração do

dever de indenizar é tradicionalmente vinculada à verificação dos três requisitos – o prejuízo, a conduta culposa e o nexo de causalidade, de tal sorte que aquele que move o processo deverá não apenas alegar que sofreu prejuízo, mas também demonstrar que a conduta daquele que aponta como autor do dano pode ser caracterizada como sua causa e que implicou a violação de um direito seu.

Dessa forma, uma vez que os conceitos de “dano”, “conduta culposa” e “causalidade” devem ser utilizados tanto em situações contratuais como extracontratuais, os pressupostos serão abordados apresentando-se as inconsistências verificadas na imputação solidária de responsabilidade ao particular contratado em caso de superfaturamento por preços excessivos.

II.2. OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA POR SUPERFATURAMENTO DE PREÇOS EXCESSIVOS E OS PROBLEMAS EM SUA APLICAÇÃO

Conforme analisado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que a responsabilidade financeira reintegratória possui os mesmos requisitos da responsabilidade civil (dano, conduta dolosa ou culposa, e nexo de causalidade). Desse modo, o estudo passa a analisar a manifestação desses três requisitos, na hipótese de superfaturamento por preços excessivos, a as dificuldades na caracterização de cada um deles: o dano ao erário (II.2.1), a conduta ilícita (dolosa ou culposa) do gestor público e do particular contratado (II.2.2) e nexo de causalidade (II.2.3) entre eles.

II.2.1 A dificuldade em se caracterizar o superfaturamento por preços excessivos em um contrato administrativo válido como dano ao erário

Tradicionalmente, o dano deveria ser o elemento da responsabilidade civil que menos suscitaria controvérsias²³⁹, pois sem dano não há o que se reparar, ainda que a conduta potencialmente lesiva tenha sido voluntária ou implicado a violação de um dever jurídico de cuidado²⁴⁰⁻²⁴¹. Embora a contratação a preços manifestamente superiores aos de mercado

²³⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 969; Ver também: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 54.

²⁴⁰ Nesse sentido, “Não haveria o que se falar em indenização nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco

possa ser considerada um ato contrário ao Direito (“antieconômico”), uma primeira dificuldade na aplicação da responsabilidade financeira reintegratória é a qualificação desse superfaturamento por preços excessivos como dano.

Cabe ressaltar que a palavra dano pode ser utilizada em duas acepções: a) a vulgar, de prejuízo que alguém sofre, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; b) a jurídica, de prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio. Nesse sentido, a lesão que o indivíduo irroga a si mesmo produz dano, em sentido vulgar, mas tal dano não interessa ao direito²⁴². Desse modo, juridicamente²⁴³, dano é o prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial, resultante de ato ou fato considerado antijurídico, ou seja, que viole qualquer valor inerente a pessoa humana ou atinja coisa juridicamente tutelada²⁴⁴. Também é necessário que a variação patrimonial negativa seja decorrente não apenas da prática de um ato contrário ao Direito, mas também que este tenha sido cometido contra a vontade da vítima²⁴⁵, de modo a configurar a violação a um seu interesse.

proveito, risco criado, etc. – o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa e até dolosa” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, S. p. 73).

²⁴¹ É praticamente uma tautologia afirmar que o dano é um pressuposto da responsabilidade: as figuras estão tão associadas que é possível se definir a responsabilidade civil como relação obrigacional decorrente do fato jurídico “dano”, no qual o prejudicado é sujeito de direito, e o dever é do agente causador (ou de terceiro a quem uma norma jurídica expressamente imputa obrigação de repará-lo). Ver: BAPTISTA, Sílvio Neves. *Teoria Geral do Dano*: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003. p. 59.

²⁴² DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 971-972. No mesmo sentido, Hans Fischer já asseverava que “é dano todo o prejuízo que o sujeito de direitos sofre através da violação dos seus bens jurídicos, com exceção única daquele que a si mesmo tenha inferido o próprio lesado [...]. Do mesmo modo, também entre as leis que formam o direito privado não figura uma só que proíba ao sujeito de direito diminuir o valor do seu patrimônio, obrigando o interessado – e ainda menos qualquer outra pessoa – a ‘reparar’ os prejuízos por ele a si mesmo causados, a ‘indemnizar’, isto é, o ‘próprio dano’. [...] Aos danos provocados pelo mesmo sujeito que os sofre costuma o direito privado equiparar os que lhe são inflingidos por pessoa diferente, precedente ordem ou autorização suas” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no Direito Civil*. Coimbra: A. Amado, 1938. p. 7-8).

²⁴³ Economicamente, o dano é uma diminuição na função de utilidade da vítima. Supondo que a função utilidade de um sujeito de direito seja definida por dois bens, “riqueza” e “serviços usufruídos”. É possível, em tese, elencar as diferentes combinações entre os dois bens que deixem o sujeito de direito “A” em uma situação equivalente. Uma ação de um terceiro, “B”, faz com que a curva de utilidade de “A” se desloque para esquerda e para baixo: para qualquer combinação de “riqueza”, ele terá menos “serviços usufruídos”, de modo que estará em situação pior do que antes. “A” sofreu um dano, pois a ação de “B” deslocou o bem-estar de “A” de uma situação superior para um patamar inferior. Ver: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman. 2010. p. 323.

²⁴⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 497 e 579. Conforme Sérgio Cavalieri, pode-se conceituá-lo como a subtração ou a diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem material, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima – em suma, a lesão a um bem jurídico, patrimonial ou moral. Ver: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, S. p. 73.

²⁴⁵ “Para haver dano, é preciso, intuitivamente, que a diminuição se verifique contra a vontade do prejudicado” (GOMES, Orlando Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 75).

Quanto às possíveis classificações de dano, a maioria delas é de pouca relevância para a pesquisa ora desenvolvida, pois não há o que se falar em modalidades extrapatrimoniais como danos corporais ou morais quando se trata de “dano ao erário” apurado pela responsabilidade financeira reintegratória. O dano ao erário é sempre um dano patrimonial, de tal sorte que deverá ser medido pela diferença entre o valor atual do patrimônio financeiro estatal e aquele que provavelmente ele teria, no mesmo momento, se não houvesse o ato lesivo²⁴⁶. De maneira análoga, a responsabilidade financeira reintegratória não é o instrumento adequado para o ressarcimento dos danos de natureza moral, ambiental, ou histórico-cultural²⁴⁷.

O primeiro requisito para que um prejuízo seja considerado indenizável é a sua subsistência, pois ele deixa de existir caso já tenha sido reparado. Há ainda a exigência de que o dano seja certo, não hipotético, tendo sido demonstrado em face dos acontecimentos e de sua repercussão sobre a pessoa. É possível a indenização dos danos futuros, contanto que sejam consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação. O requisito de certeza torna necessário que a ofensa aos interesses do lesado seja efetiva, sem margem de dúvida acerca de sua existência, devendo haver um déficit real e efetivo no patrimônio do lesado, causado por uma depreciação nos ativos ou uma elevação nos passivos. Assim, o prejuízo pode atingi-lo não apenas no presente, provocando sua diminuição ou impedindo seu crescimento no futuro²⁴⁸.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que o dano ao erário apurado em qualquer hipótese de responsabilidade financeira reintegratória constitui sempre uma espécie de dano emergente²⁴⁹, não abrangendo nem lucros cessantes²⁵⁰ nem danos futuros, ainda que relativamente previsíveis. A restituição limita-se às quantias ou bens envolvidos na infração, acrescidos de juros de mora e atualização monetária, e a indenização ficará reservada ao juízo cível se os danos causados forem superiores a essa quantia. Seu escopo, assim, é restrito ao conjunto de

²⁴⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 543.

²⁴⁷ GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. p. 300.

²⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 74.

²⁴⁹ A diminuição imediata do patrimônio da vítima, em razão de ato antijurídico, é denominada de *dano emergente*: é tudo aquilo que se perdeu, a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que a vítima tinha antes e aquele que a vítima tinha depois do ato ilícito. Vide: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 173.

²⁵⁰ Considera-se lucro cessante a consequência futura de um fato ocorrido, consistindo na perda do ganho que seria esperável, a diminuição potencial do patrimônio da vítima, e pode decorrer não apenas da paralisação da atividade produtiva da vítima, mas também da frustração daquilo que seria razoavelmente esperado (nos termos do artigo 402 do Código Civil/2002, as perdas e danos abrangem, além daquilo que o credor efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar).

bens e valores financeiros do patrimônio público, pela própria inadequação do conceito de “lucros cessantes” ao funcionamento do ente público²⁵¹.

Uma concepção mais ampla de dano o compreende como qualquer violação a um interesse merecedor de tutela²⁵², pois abandona a ótica clássica de dano em sentido natural²⁵³, da diferença matemática entre o que se tem e o que se teria não fosse o evento danoso, e desloca o problema para o estabelecimento de critérios para se identificar em que medida cada interesse deve ser tutelado em face dos demais. Conforme o conceito de dano em questão, a violação deve ter sido causada a um interesse que possa ser considerado como juridicamente protegido²⁵⁴, mas a “área de atuação legítima” de um interesse só poderá ser definida no caso concreto, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota uma interpretação aberta²⁵⁵

²⁵¹ GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. p. 65.

²⁵² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.156. No mesmo sentido, “Conceitua-se o dano ou prejuízo como a lesão a um interesse jurídico (patrimonial ou não), causado por ação ou omissão do sujeito infrator” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Roberto. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 78). A definição de “lesão de um interesse juridicamente protegido” também é encontrada em BAPTISTA, Sílvio Neves. *Teoria Geral do Dano: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 43.

²⁵³ Quando se rejeita a identificação do dano em sentido jurídico com o dano material (prejuízo econômico e emocional), recupera-se o conceito de dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado, e se estimula a investigação sobre o objeto da lesão (o interesse da vítima prejudicado pelo interesse do ofensor), a fim de aferir o seu merecimento ou não da tutela. Cf. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108-109.

²⁵⁴ Schreiber propõe um processo em etapas: a primeira é verificar o merecimento de tutela em abstrato dos interesses conflitantes. A tutela pode ser extraída de um princípio ou de alguma regra, que expressamente a preveja ou que proíba certa conduta. Se não houver nenhuma norma jurídica, em sentido amplo, da qual se possa extrair o merecimento da tutela em abstrato do interesse alegadamente lesado, inexistirá dano em sentido jurídico, ainda que tenha existido prejuízo. Mesmo que o interesse alegadamente lesado seja tutelado pelo ordenamento jurídico de forma abstrata, é possível que o interesse tido por lesivo também o seja. A caracterização prévia da antijuridicidade da conduta demonstraria, por outro lado, que o interesse de seu autor não é merecedor de tutela. A próxima etapa, se ambos os interesses são tutelados, é verificar se o legislador estabeleceu de alguma forma uma regra de prevalência entre eles: pode ser que tenha sido previamente estabelecido que o interesse lesivo deverá prevalecer, hipótese na qual o eventual dano decorrente do seu exercício será irressarcível. Porém, acaso deva prevalecer a área de atuação do interesse lesado, sua transgressão poderá implicar o dever ressarcir. Por fim, não havendo relação de prevalência previamente estabelecida entre dois interesses tutelados, será necessário se decidir qual interesse deve prevalecer, à luz das circunstâncias do caso concreto. Mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, será realizada uma ponderação dos interesses em conflito, examinando-se o grau de afetação concreta realização do interesse lesivo e o grau de concreta afetação do interesse lesado, extraindo-se uma regra de prevalência válida para as circunstâncias particulares em exame. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 156-161.

²⁵⁵ Nos ordenamentos fechados, parte-se do pressuposto que devem ser considerados como ressarcíveis somente aqueles prejuízos causados a determinados interesses, previamente relacionados, enquanto nos ordenamentos atípicos há a previsão somente de cláusulas gerais, as quais deixam uma margem mais ampla de avaliação quanto ao merecimento ou não de tutela pelo interesse alegadamente prejudicado. A concepção é baseada em SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 102. O autor cita o ordenamento jurídico alemão como exemplo de ordenamento típico.

segundo a qual não se requer que um interesse tenha sido previsto em um enunciado normativo como “protegível” para que sua eventual violação venha a constituir um prejuízo ressarcível. Essa avaliação se faria através da aplicação de cláusulas gerais, como aquela prevista no artigo 186 do Código Civil e que, em sentido análogo, poderia ser realizada a partir do artigo 16 da Lei 8.443/1992, o qual estabelece as hipóteses do julgamento pela irregularidade das contas de um gestor. A concepção, entretanto, não afasta o requisito que o dano seja involuntário, visto que é difícil conceber uma violação voluntária ao próprio interesse.

A dúvida na existência do prejuízo é a principal dificuldade na caracterização do superfaturamento por preços excessivos como “dano ao erário”. Mesmo quando se adota uma concepção mais ampla de dano, como a violação a um interesse merecedor de tutela, não é adequado classificar o superfaturamento por preços excessivos como um dano enquanto subsistente a manifestação de vontade da Administração Pública da qual ele resulta, e o fato de o preço contratual ter sido objeto de um negócio jurídico bilateral impede que se fale em violação de direito até que tenha sido constatada sua invalidade.

II.2.1.1 O superfaturamento por preços excessivos como resultado de contrato administrativo

Inicialmente, em um sentido contábil, a aquisição de uma mercadoria ou um serviço a preço superior aos que normalmente são praticados pelo mercado resultará em uma diminuição patrimonial. Se o ente público adquire, por R\$ 1.500,00 um insumo cujo preço de mercado é de R\$ 1.000,00, isso implicará uma diminuição em seu patrimônio medida em R\$ 500,00, pois os materiais ou suprimentos a serem usados no processo de produção ou de prestação de serviços são contabilmente avaliados com base no preço de aquisição ou no valor realizável líquido, dos dois o menor²⁵⁶. A eventual diferença, quando constatada, deve ser registrada em contas de resultado, desse modo diminuindo o patrimônio do ente público²⁵⁷.

²⁵⁶ Define-se valor realizável líquido, nos termos do Manual de contabilidade aplicada ao setor público federal, como a quantia que a entidade do setor público espera obter com a alienação ou a utilização de itens de inventário quando deduzidos os gastos estimados para seu acabamento, alienação ou utilização. BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público*. 6. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2014. p. 32. Disponível em: <www.tesouro.fazenda.gov.br/mcasp>. Acesso em: 05 jan. 2015.

²⁵⁷ BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público*. 6. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2014. p. 40. Disponível em: <www.tesouro.fazenda.gov.br/mcasp>. Acesso em: 05 jan. 2015. Para empresas particulares, regra análoga é trazida pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações: “Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios: [...] II - os direitos que tiverem por objeto mercadorias e

Uma vez que o patrimônio diminui após o evento aquisição, o requisito da diferença entre o valor atual e o valor que este teria não fosse a celebração e a execução do contrato estaria preenchido.

Neste particular, o dano ao erário surgiria com a contratação antieconômica, na qual se praticassem valores superiores àqueles considerados compatíveis com os de mercado, sem a presença de razões técnicas²⁵⁸ que viessem a justificar o acréscimo no preço²⁵⁹. Dessa forma, a contraprestação pública excederia ao equivalente da contraprestação privada e, em tese, essa discrepância desmotivada do preço contratual em relação ao valor de mercado configuraria dano. De outra sorte, a diferença que pudesse ser explicada por justificativas técnicas para a oscilação, em patamar razoável e dentro de uma variação proporcional ao objeto contratado, não configuraria dano²⁶⁰.

A concepção parece equilibrada, mas é insuficiente para explicar qual seria o limite entre uma oscilação razoável e uma desarrazoada, e porque haveria um limite como esse. Enfatize-se que esse limite não é previamente traçado nem na jurisprudência de controle externo, pois não há um percentual fixo a partir do qual a Corte de Contas considere normais diferenças a maior entre o preço contratado e o preço tido como de mercado, sempre devendo ser realizada uma análise casuística²⁶¹.

O requisito da diferença, ademais, não esgota a definição jurídica de dano, pois é necessária não apenas a existência de uma variação patrimonial negativa, mas também que

produtos do comércio da companhia, assim como matérias-primas, produtos em fabricação e bens em almoxarifado, pelo custo de aquisição ou produção, deduzido de provisão para ajustá-lo ao valor de mercado, quando este for inferior”.

²⁵⁸ “Levantamento de Auditoria. Obra e Serviço de Engenharia. Construção de barragem. O Sistema de Custos Rodoviários (Sicro) não é um sistema que deva ser adotado de forma absoluta, em todas as contratações de obras feitas pelos órgãos da Administração Pública, de forma vinculante, mas de uso relativizado. Ele serve apenas como um dos possíveis paradigmas à disposição do gestor de recursos públicos para que este possa averiguar a compatibilidade dos preços ofertados pelas empreiteiras com os praticados no mercado. Ademais, o referido sistema foi desenvolvido tendo como base obras rodoviárias, devendo-se admitir a possibilidade de ocorrerem divergências em face de peculiaridades dos diversos tipos de obras, como a construção de barragens, por exemplo. Arquivamento” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.306/2004 – Plenário. TC 015.183/2003-0. Levantamento de auditoria. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 1º de setembro de 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 21 dez. 2014).

²⁵⁹ LUNA, Guilherme Ferreira Gomes de. *Controle de preços nos contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 98. O autor se refere ainda à possibilidade de demonstração de razões e elementos que constatem a ruptura da relação de custo-benefício de forma desmedida ou desmesurada, em patamares além do razoável, mas a hipótese não é considerada para fins desse trabalho como superfaturamento por preços excessivos em sentido estrito, referente à configuração original do contrato.

²⁶⁰ LUNA, Guilherme Ferreira Gomes de. *Controle de preços nos contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 101.

²⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.155/2012 – Plenário. TC 007.403/2010-0. Relatório de Auditoria (Pedido de Reexame). Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 16 de maio de 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2014.

esta tenha sido cometida contra a vontade da parte apontada como vítima²⁶² de modo a configurar uma violação de direito. Quando decorre da execução de um contrato administrativo no qual há um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas (art. 2º, parágrafo único, da LLC) que abrange o preço pactuado²⁶³, o superfaturamento por preços excessivos em sentido estrito não se encaixa nessa definição. Nesse ponto, interpretar como um dano o superfaturamento caracterizado apenas pela prática de valores superiores à média ou à mediana daqueles normalmente praticados conflita com os fundamentos do direito contratual²⁶⁴, mesmo que considerados sob o prisma dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, que informam o regime jurídico dos contratos administrativos. A oferta de proposta em licitação e a consequente execução contratual, ainda que a preços superiores aos de mercado, não são suficientes para configurar violação de direito da Administração Pública, nem infração (pelo terceiro licitante) de norma jurídica tuteladora de seu interesse. A infração e a consequente violação de direito ocorrerão, como será demonstrado, pelo agente público encarregado de conduzir a licitação e a contratação.

Conclui-se, dessa forma, que o fato de haver um contrato administrativo válido impede que se fale em dano, até que se constate a invalidade dessa manifestação de vontade da Administração Pública.

²⁶² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.7. p. 66.

²⁶³ “Afastadas as duas ideias – quer a que equipara o contrato administrativo ao ato unilateral, que a que o equipara a verdadeiras normas jurídicas – resta enquadrá-lo como contrato, considerado este em suas características básicas presentes em qualquer tipo de contrato, a saber: [...] a) um acordo voluntário de vontades, indissolúvelmente ligadas uma à outra, reciprocamente condicionante e condicionada, coexistentes no tempo, formando uma vontade contratual unitária; b) os interesses e finalidades visados pelas partes apresentam-se contraditórios e opostos, condicionando-se reciprocamente, uns como causa dos outros; c) produção de efeitos jurídicos para ambas as partes, ou seja, criação de direitos e obrigações recíprocos para os contratantes. [...] Quer isto dizer que os contratos administrativos enquadram-se no conceito geral de contrato como acordo de vontades gerador de direitos e obrigações recíprocos” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 258).

²⁶⁴ “Todo contrato – privado ou público – é dominado por dois princípios: o da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*). O primeiro impede a alteração do que as partes convencionaram; o segundo obriga-as a cumprir fielmente o que avençaram e prometeram reciprocamente. O Código Civil de 2002 consignou expressamente mais dois princípios que antes já eram aceitos implicitamente, em especial nos contratos de Direito Público. O primeiro diz respeito à boa-fé que os contratantes são obrigados a guardar na elaboração e na execução do contrato (art. 422). Do segundo decorre que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421), o que é evidente nos contratos administrativos, que só têm razão de ser na medida em que atendem ao interesse público” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 217).

Em contratos administrativos, ressalte-se, falar em autonomia privada²⁶⁵ implicaria uma contradição em termos²⁶⁶. A “autonomia” ganha, no Direito Público, um sentido completamente diverso, pois não implica “liberdade” ou “exercício de competência sem controle”, mas sim o exercício de prerrogativas previamente definidas pelo ordenamento jurídico, derivado de um mecanismo de repartição de funções entre pessoas jurídicas diferentes²⁶⁷. Embora o contrato administrativo seja um “acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas” (art. 2º da LLC), a pessoa jurídica de Direito Público não tem vontade no sentido usualmente conferido ao termo, mas competências, ou seja, finalidades legais e constitucionais a serem cumpridas com as prerrogativas e recursos a ela conferidos.

Enquanto os particulares possuem liberdade, sujeita apenas a determinadas restrições legais, a Administração titulariza competências, discricionárias²⁶⁸ e vinculadas. Assim, a Administração Pública não titulariza autonomia da vontade ou autonomia privada²⁶⁹, sendo

²⁶⁵ Conforme Fernando Noronha, “‘Princípio da autonomia privada’ é expressão que tende a substituir aquela de ‘princípio da autonomia da vontade’ [...]. Atualmente, reconhece-se que nas obrigações contratuais o fundamental não é a vontade das partes, mas apenas saber-se que o ordenamento jurídico atribui a estas o poder de auto-regulamentarem os seus interesses relações, na esfera privada [...], pode-se dizer que a autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços. Na lição de Larenz, e mais concretamente, ‘é a possibilidade, oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos’” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 111 e 115). No mesmo sentido, pela substituição na denominação e no conteúdo do princípio, ver: AMARAL, Francisco. *Direito civil*: Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 5. Edição, 2003. p. 348.

²⁶⁶ “Não há dúvida que a administração não possui autonomia de vontade, mas apenas deve executar a finalidade instituída pelas normas jurídicas constantes na lei, dando-lhe ótima aplicação concreta. Por isso que a Administração não exerce atividade desvinculada, mas apenas exerce, nos fundamentos e limites estabelecidos pelo Direito, uma função” (ÁVILA, Humberto Bergman. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado – RERE. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 02 jan. 2015).

²⁶⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 78.

²⁶⁸ Apesar de toda a evolução pela qual passou o controle externo dos atos da Administração Pública, ainda é possível se falar em discricionariedade administrativa, ainda que esta tenha sido paulatinamente reduzida desde que foi concebida na primeira fase do Estado de Direito. Remanesce certa margem de apreciação para aplicar os conceitos jurídicos indeterminados, levando em conta principalmente os princípios da razoabilidade e da motivação; como remanesce também o conceito de mérito, ainda que bastante reduzido, sempre que a lei deixar para a Administração a possibilidade de escolher entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito, levando em consideração critérios de oportunidade e conveniência que escapam ao controle jurisdicional. Ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites do controle externo da Administração Pública*: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set. 2013. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=97453>. Acesso em: 11 abr. 2014.

²⁶⁹ “É, todavia, incontroverso que o princípio da autonomia da vontade não existe para a Administração Pública. A autonomia da vontade resulta da liberdade humana, que não é uma criação do direito, mas sim um dado natural, anterior a ele. O direito restringe e modela essa liberdade, para tornar possível sua coexistência com a

possível entender no máximo pela existência de uma “autonomia negocial” conformada pelo princípio da legalidade²⁷⁰. Na abertura concedida pelas normas legais aplicáveis, subsiste a possibilidade de o administrador tomar decisões adaptativas na consecução dos fins públicos, por meio da discricionariedade e da utilização de conceitos jurídicos indeterminados.

Dessa forma, o contrato administrativo se forma a partir do encontro da autonomia privada do particular contratado com a autonomia negocial conformada pela legalidade, e graças a essa peculiaridade há incidência das normas de Direito Administrativo e de Direito Civil nas relações jurídicas em que um dos polos seja a Administração²⁷¹. Não por outro motivo, os contratos administrativos regulam-se não só pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, mas também pelos princípios da teoria geral dos contratos e pelas disposições de Direito Privado, nos termos do art. 54, da Lei 8.666/1993. Respeitadas as especificidades dos contratos administrativos, sobre eles incidem os princípios clássicos do direito contratual (autonomia negocial, intangibilidade do conteúdo do contrato e relatividade dos efeitos contratuais), e os novos princípios da boa-fé objetiva, da justiça contratual e da função social do contrato²⁷². Ressalte-se que, quando a doutrina civilista faz menção à “autonomia da vontade” (denominação tradicional do princípio), está-se referindo: i) à liberdade de criar o contrato; ii) à liberdade de contratar ou não; iii) à liberdade de escolha do outro contratante; e iv) à liberdade de fixar o conteúdo do contrato²⁷³, devendo-se esclarecer que as citadas liberdades não são absolutas mesmo para os particulares que celebram contratos de Direito Privado, pois estão sujeitas às exigências do princípio da legalidade.

Dessa forma, enquanto no Direito Privado o princípio tem ampla aplicação, no regime de Direito Público a Administração sofre limitações maiores para definir as condições

liberdade dos outros. Sobra sempre, porém, uma larga faixa que resta intocada pelo Direito. A Administração Pública não tem essa liberdade. Sua liberdade é tão somente a que a lei lhe concede, quer se trate de Administração Pública sob regime de Direito Público, de Direito Privado ou de Direito Privado Administrativo” (COUTO E SILVA, Almiro. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. Revista da Procuradoria Geral do Estado. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. v. 27, n. 57, pp. 11-31, 2004. p. 21. Disponível e em: <www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2015).

²⁷⁰ A autonomia pública contratual seria a permissão da criação, no âmbito dos atos e contratos administrativos, de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e o exercício dessa margem de decisão na criação de efeitos de direito nas situações concretas regidas pelo Direito Administrativo. v. CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 470.

²⁷¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 79.

²⁷² GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo. Teoria geral do contrato aplicada aos contratos administrativos. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício. *Leituras complementares de direito administrativo: licitações e contratos*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 43.

²⁷³ DINIZ, Maria Helena *Curso de Direito Civil Brasileiro*: Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3. p. 31.

contratuais e para alterá-las posteriormente²⁷⁴. Frise-se, ademais, que os requisitos “contrariedade ao Direito” e “contrariedade à vontade da vítima” possuem uma interseção fundamental nas hipóteses em exame. Tendo em vista o princípio da legalidade, a manifestação de vontade da organização administrativa deve ser formada para atender necessidades públicas e a partir da adoção de medidas previamente determinadas em enunciados normativos²⁷⁵, os quais estabelecem os procedimentos necessários à celebração do contrato que vinculará a coletividade como um todo e buscam assegurar que as decisões atendam aos interesses do todo, não apenas aos de determinados indivíduos. A decisão de contratar ou não, a escolha do outro contratante²⁷⁶, a espécie de contrato que será celebrado²⁷⁷

²⁷⁴ Consoante Maria Sylvia Di Pietro, “No âmbito dos contratos administrativos, a autonomia da vontade esbarra nas limitações constantes de lei, a partir da previsão de cláusulas necessárias previstas no art. 55 da lei de licitações. Além disso, existe o limite decorrente do próprio procedimento da licitação, submetido à observância de vários princípios, dentre eles o da vinculação ao instrumento convocatório, expressamente previsto no art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Esse princípio está explicitado no art. 41, *caput*, em cujos termos ‘a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada’. Não é por outra razão que se afirma que o instrumento convocatório é a lei da licitação. Pode-se acrescentar que é também a lei do contrato, já que a sua minuta integra, obrigatoriamente, os anexos do edital, dele fazendo parte integrante, conforme art. 40, §2º, III, da Lei nº 8.666/93. Vale dizer que, enquanto no direito privado, tem ampla aplicação o princípio da autonomia da vontade, que dá liberdade às partes para definirem as condições contratuais e também para alterá-las (desde que não contrariem a lei ou a moral), no Direito Administrativo a Administração Pública sofre maiores limitações, seja para definir as condições contratuais, seja para alterá-las posteriormente. Ainda que ela disponha da prerrogativa de alteração unilateral (não própria dos contratos entre particulares), o exercício dessa prerrogativa sofre as limitações já apontadas, sejam decorrentes de lei, sejam resultantes do próprio instrumento convocatório” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos*. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 15, n. 82. p. 15-48, nov./dez. 2013. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=99053>. Acesso em: 20 maio 2014).

²⁷⁵ Quanto à vinculação do contrato aos atos preparatórios da fase interna e ao próprio desenrolar do procedimento licitatório, Sérvulo Correia entende que “o contrato não poderá contrariar aquilo que já estiver disposto naqueles actos e as suas cláusulas que estipularem inovatoriamente deverão ligar-se àquelas através de um nexo funcional de acessoriedade. (...) Na fase de conclusão do contrato, o órgão para tanto competente encontra-se vinculado a celebrar um contrato, a fazê-lo com um certo co-contratante e a estipulá-lo em termos sobre os quais ou não têm qualquer margem de livre decisão ou a tem apenas dentro dos limites funcionais da execução de anterior deliberação ou decisão da qual resultam os elementos essenciais para a caracterização do contrato [...]. Porém, se a liberdade de decisão que a lei deixa à Administração, na escolha do co-contratante como na fixação do conteúdo do contrato, é exercida na totalidade ou em grande parte através de actos administrativos unilaterais que o contrato administrativo se limita a reproduzir ou a executar, cabe perguntar se a autonomia pública contratual é ou pode ser algo mais do que uma comum discricionariedade concedida por lei para ser exercida através de tais actos administrativos” (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 590).

²⁷⁶ Saliente-se, todavia, que “ao contrário do que se passa nas relações entre particulares, o Poder Público e suas entidades coadjuvantes não podem escolher livremente os sujeitos com quem vão contratar. Estes são selecionados, como foi dito, em um procedimento preliminar obrigatório, a licitação, instituto que visa, de um lado, a assegurar igualdade a todos os interessados na disputa dos negócios que pessoas governamentais pretendam travar com terceiros e, do outro lado, ensejar ao Poder Público a realização do contrato mais satisfatório” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 121).

²⁷⁷ “Tipicidade é o atributo pelo qual o *ato administrativo* deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar, existe um ato definido em lei. Trata-se de decorrência do princípio da legalidade, que afasta a possibilidade de a Administração praticar atos inominados; estes são possíveis para os particulares, como decorrência do princípio da autonomia da vontade. [...] A tipicidade só existe em relação aos atos unilaterais;

e a fixação de seu conteúdo devem observar os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, de modo a atenderem ao interesse da coletividade. A decisão tomada pela pessoa jurídica administrativa não poderá ser fundamentada por uma opinião pessoal e discricionária do gestor público, pois os bens e os interesses da administração não estão entregues à livre disposição de um administrador – este possui a obrigação de curá-los conforme a finalidade a que estão adstritos²⁷⁸ pela ordem jurídica.

Mesmo assim, há uma manifestação de vontade pela coletividade²⁷⁹, e a aceitação de um determinado preço não importa abrir mão do interesse público: ela ocorre para permitir sua concretização, contanto que realizada nos termos previstos pela legalidade, o que implica que as preferências do ente público devem ser formadas de modo distinto das de um particular. Não estabelece, entretanto, a obrigatoriedade da prática de um preço numericamente predeterminado, e sim do preço resultado da aplicação do procedimento previamente estabelecido. A decisão quanto ao preço contratual, desse modo, não é discricionária, pois a licitação já configura uma maneira de simular as condições de mercado e sua realização regular é maneira de determinar o preço adequado dos itens componentes dos contratos administrativos.

Logo, se houve licitação regularmente processada, por ocasião da qual o particular teve liberdade para formar seus preços de acordo com sua estratégia empresarial, não deverá

não existe nos contratos porque, em relação a eles, não há imposição de vontade da Administração, que depende sempre da aceitação do particular; nada impede que as partes convençionem um contrato inominado, desde que atenda melhor ao interesse público e ao do particular” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Direito Administrativo*, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 204).

²⁷⁸ “A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*. [...] Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 64-65).

²⁷⁹ Conforme Emir Netto de Araújo, o negócio jurídico administrativo “consiste na conjugação de duas ou mais declarações de vontade, preordenadas a, mediante acordo que será instrumentalizado em uma terceira espécie (esta sim, que gera obrigações e direitos, e não as vontades isoladas), produzir os efeitos jurídicos desejados”. Nesse sentido, a Administração Pública seria uma pessoa jurídica capaz de manifestar sua vontade e de contrair direitos e obrigações. A vontade é da Administração Pública, sendo apenas declarada pelo servidor que a representa, e a relação contratual é celebrada com a Administração, não com servidor que pratica o ato administrativo. Desse modo, ainda que a Administração contrate em posição de supremacia com relação ao particular, estará praticando um negócio jurídico administrativo, celebrando um contrato. Ver: ARAÚJO, Edemir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 200-202.

haver espaço para a revisão²⁸⁰, nem para a imputação de débito após o esgotamento dos efeitos do contrato pelos órgãos fiscalizadores. Na hipótese de regularidade do processo licitatório, terá ocorrido concorrência entre os participantes, e os preços dele advindos podem ser considerados os melhores que poderiam ter sido obtidos naquele momento e naquelas condições. Para que essa presunção seja afastada, é necessário que tenha sido cometida alguma irregularidade no procedimento licitatório que levou à contratação²⁸¹.

Dentre os requisitos procedimentais, destacam-se aqueles que preconizam a necessária verificação da compatibilidade entre os preços contratuais e os preços normalmente praticados pelo mercado (Lei 8.666/1993 e Decreto 7.983/2013). Tendo como fundamento tais dispositivos normativos e adotando um ponto de vista análogo àquele anteriormente descrito como contábil, o órgão de controle externo usa os preços de mercado como um critério objetivo para avaliar a economicidade de um contrato administrativo²⁸²⁻²⁸³ (cf. Capítulo I.2.2), sem, entretanto, considerar que o contrato administrativo necessitaria ser anulado.

²⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. O Tribunal de Contas e os preços dos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 222. Segundo os autores, a competência atribuída às autoridades de controle externo envolve a fiscalização de eventuais irregularidades nas contratações estatais: a determinação de novos preços somente poderia ocorrer diante da constatação de irregularidades por ocasião da licitação.

²⁸¹ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que “Se reputar elevadas e, portanto, inconvenientes, pura e simplesmente deverá recusá-las. Com efeito, se considera que existe alguém disposto a fazer-lhe cotações melhores, basta-lhe realizar nova licitação e comprovar, dessa maneira – se puder –, sua convicção de que existem ofertas mais vantajosas. Se, entretanto, aceita-las e contratar com quem lhe haja feito a oferta mais baixa, não tem porque questionar ulteriormente o preço, sob alegação que foi excessivo, de que em outra época adquiriu os mesmos produtos por preços reais menores, pretendendo, por tal razão, que houve ‘ilicitude’ no negócio – ou, para usar uma expressão jornalística do momento (em despeito de sua manifesta impropriedade), que os preços estavam superfaturados” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 114).

²⁸² Conforme o Acórdão 5.811/2012 – 1ª Câmara, analisado no Capítulo III deste estudo, “De acordo com os arts. 70 e 71 da Constituição Federal, ao Tribunal de Contas da União cabe a fiscalização de atos e contratos nos quais sejam empregados recursos federais, compreendendo os aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade. Assim, a constatação de um superfaturamento dá-se a partir da utilização de critérios de comparação, onde o preço corrente de mercado é o instrumento mais apropriado e direto, quando é possível fazer tal comparação, especialmente para produtos e serviços comuns e bem definidos. Outros critérios também podem ser utilizados, tais como sistemas de acompanhamento de preço de mercado ou preços fixados por órgãos competentes. Dessa forma, não há definição expressa na lei acerca de qual critério deve ser utilizado em cada caso. Esta definição deve ser estabelecida em cada caso concreto por este Tribunal quando do exercício de suas prerrogativas constitucionais, de acordo com a especificidade verificada” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 5.811/2012 – 1ª Câmara. TC 005.720/2007-1. Tomada de Contas Especial Rel. Min. José Múcio Monteiro. Brasília, 25 set. 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014).

²⁸³ “O raciocínio realizado para a avaliação do preço global de obras públicas pelos analistas envolve normalmente uma matriz analógica: adota-se tal ou qual cotação referencial, ‘a frio’, e se comparam os preços delas constantes com os preços da planilha orçamentária contratual. Parte-se do pressuposto de que, entre aquilo que é pago (prestação da Administração Pública) e aquilo que é recebido (prestação do contratante privado), existe uma relação de igualdade. Os preços de mercado (e, portanto, os preços ‘justos’) seriam aqueles que correspondessem ao valor da coisa posta em comércio. Trata-se de perspectiva centrada, portanto, no objeto e cujo maior defeito é justamente perder de vista os fatores determinantes da transação, a saber, os

A utilização desse critério objetivo, todavia, permite a confusão entre “valor” e “preço”. Ainda que fosse possível se calcular um preço representativo das transações praticadas em cada mercado relevante e utilizar esse número como medida objetiva, sob esse ponto de vista contábil, nenhuma transação geraria valor. Quando o preço pactuado estivesse abaixo daquele “de mercado”, o vendedor teria um “ganho” de montante equivalente à “perda” do comprador. A situação se inverteria em uma transação celebrada por uma quantia superior ao valor numérico adotado como referência, enquanto uma realizada exatamente ao preço de mercado não apresentaria ganho nem perda econômica para nenhuma das partes. Dessa forma, todas as transações seriam jogos de soma zero. Se e a voluntariedade da conduta não afastasse o conceito jurídico de dano, e se o dano material correspondesse simplesmente à variação mensurada em um patrimônio por critérios objetivos como preços de mercado, seria alcançada a conclusão absurda de que todo negócio jurídico comutativo, quando celebrado a qualquer preço distinto de um valor que represente a média ou a mediana daqueles praticados pelo mercado, seria danoso para uma das partes.

Entretanto, contratos bilaterais de obras, serviços, compras e alienações, regidos pelo Direito Privado ou pelo Direito Administrativo, não são jogos de soma zero nem danosos para pelo menos uma das partes, mas surgem a partir da percepção de que a cooperação mútua será benéfica para ambas as partes. O bem-estar de cada uma delas será elevado ao mesmo tempo, gerando valor. Constituem forma de harmonizar os interesses contrapostos e são classificados como sinalagmáticos, uma vez que os contratantes são simultaneamente e reciprocamente credor e devedor um do outro²⁸⁴. Por seu intermédio, são criados direitos e obrigações para ambas as partes e cada uma delas fica responsável por uma prestação, mas a prestação devida a uma das partes vale, para si, mais do que a contraprestação pela qual ela veio a se obrigar. Mediante um contrato de compra e venda, por exemplo, um recurso valioso é transferido de um sujeito de direitos A para um sujeito de direitos B, pelo fato de B atribuir mais valor a esse recurso do que A, que por sua vez atribui mais valor ao recurso financeiro que recebeu de

agentes econômicos (aquele que ‘vende’ e aquele que ‘compra’) e a assimetria de informações de um com relação ao outro (e vice-versa)” (SAAD, Amauri Feres. *Notas sobre o regime jurídico da precificação de obras públicas*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, mar. 2011. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72158>. Acesso em: 03 jun. 2014).

²⁸⁴ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] o contrato, seja ele de direito privado, seja de Direito Público, é uma composição consensual de interesses; uma pacífica harmonização de interesses. [...] Eis, pois, que por meio dele se produz um vínculo assentado nas premissas de lealdade e boa-fé, vez que as partes não estariam obrigadas a se relacionar; se o fazem é precisamente expectantes de que seus objetivos podem ser satisfeitos pela ação da parte contraposta, que, segundo se presume, atuará de forma correta e respeitosa do acordado” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 422).

B²⁸⁵. Essa transferência de ambos os recursos, de um uso menos valioso para um uso mais valioso, cria um valor que pode ser denominado de “excedente cooperativo”²⁸⁶, correspondente à diferença entre o valor de uma situação na qual há cooperação para uma situação na qual não houve cooperação²⁸⁷. Conclui-se, assim, que o preço de mercado não é uma medida de valor adequada para uma transação voluntária, ainda que se trate de um contrato administrativo, para os quais em tese se deveriam utilizar medidas objetivas de valor.

Em sede de responsabilidade extracontratual, quando houver um dano patrimonial involuntário, ou seja, que não tenha sido fruto de uma transação mas sim de uma lesão dolosa ou de um acidente causado por negligência ou imprudência, a parte que o sofreu poderá ser restituída ao status quo ante pela substituição ou reparação do objeto destruído ou subtraído, ou pelo pagamento de uma quantia que lhe permitisse, por exemplo, readquiri-lo ou custear os reparos. Em tais casos, como esta substituição ou reparação deverá ser feita no mercado, é natural que o cálculo das perdas e danos levem-nos em consideração, como instrumento para determinar a prestação sucessória que seria capaz de deixar a vítima em uma situação pelo menos tão boa quanto aquela na qual estaria se o dano não tivesse ocorrido. O raciocínio parte do pressuposto, observe-se, que o dano foi sofrido de forma involuntária, não fruto de uma negociação.

Em um negócio jurídico bilateral, por outro lado, uma vez que não há uma medida objetiva pela qual o valor da transação para cada uma das partes possa ser medido²⁸⁸, o

²⁸⁵ Considera-se que o valor atribuído a um determinado bem econômico é medido pela “disposição em pagar” por este bem, a qual fornece uma indicação quantitativa da intensidade das preferências individuais ou coletivas, de tal sorte que o bem-estar será maximizado se os recursos estiverem alocados às pessoas que desejarem pagar uma maior quantia por eles (KERKMEESTER, Heico. Methodology: general. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Eds.) *Encyclopedia of law and economics*, v. 1. 2000. p. 387. Disponível em: <encyclo.findlaw.com/0400book.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2014). A riqueza será maximizada se os recursos estiverem alocados às pessoas que desejarem pagar uma maior quantia por eles. Assim, eficiência seria a exploração dos recursos econômicos de tal forma que a satisfação humana – medida pela *disposição de pagar* por estes bens e serviços – é maximizada. Nesse sentido, ver: POSNER, Richard Allen. *Economic Analysis of Law*. 8. ed. New York: Aspen Case Books, 2011. p. 10.

²⁸⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 92.

²⁸⁷ Por exemplo, “A” possui um carro, o qual estaria disposto a vender, no mínimo, por R\$ 30.000,00. Já “B” estaria disposto a pagar até R\$ 40.000,00 nesse mesmo carro. Uma transação que transfira o carro de A para B cria um valor de R\$ 10.000,00, correspondente ao excedente de cooperação. A rigor, qualquer preço entre R\$ 30.000,00 e R\$ 40.000,00 representará uma melhoria para ambas as partes, sem que nenhuma outra saia prejudicada: uma melhoria de Pareto. Um valor de R\$ 35.000,00 repartiria o excedente entre ambas as partes igualmente, mas a Ciência econômica não tem instrumentos para afirmar que esse é “o resultado justo”, tratando-se de uma consideração distributiva: todas as divisões do excedente de R\$ 10.000,00 são, a princípio, consideradas *eficientes*.

²⁸⁸ “[...] a melhor solução parece ser aquela que, partindo da distinção entre justiça formal e substancial, considera que esta se deve presumir a partir daquela: em princípio, deve admitir-se substancialmente justa a relação entre prestação e contraprestação, entre benefícios e encargos, que as próprias partes estabeleceram. Garantidas as condições para a realização da justiça formal, é de se presumir que o contrato seja justo, já que

sinalagma termina sendo medido de forma subjetiva²⁸⁹, distinto e determinado conforme a necessidade de cada parte contratante²⁹⁰. Logo, pode-se medir o valor de um recurso para cada tomador de decisão pela disponibilidade desse agente em pagar por ele. Essa disponibilidade de pagamento, preço máximo que um agente está disposto a pagar por um produto, denomina-se preço de reserva²⁹¹, e a própria realização da transação normalmente demonstra que o preço praticado era inferior a esse valor, independente do preço que normalmente seja praticado em determinado mercado.

Dessa forma, em que pesem as diferenças no processo de tomada de decisão entre um indivíduo e uma organização (principalmente uma entidade pública), o fato de a aquisição ter ocorrido revela as preferências da Administração Pública²⁹² ao demonstrar que preço o qual a coletividade efetivamente estava disposta a pagar, que em tese deveria corresponder ao “preço de mercado”, era no mínimo igual ao preço pactuado no contrato. Para questionar essa informação, é necessário se questionar a validade do contrato administrativo, após ter sido identificado algum vício em sua formação²⁹³.

Quando um contrato administrativo é impugnado apenas sob a alegação de superfaturamento por preços excessivos, mas não de fraude ou conluio, realiza-se um questionamento sobre a forma pela qual o valor por meio dele criado foi dividido entre as

em geral são as partes que estão em melhores condições para avaliar se a prestação e contraprestação se equilibram e se ônus e riscos estão divididos de forma equitativa. Realmente, as partes são os melhores juízes de seus próprios interesses” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 111 e 115).

²⁸⁹ “A outra perspectiva — que certamente oferece maiores dificuldades teóricas, mas que ao mesmo tempo oferece maior segurança para a averiguação de um preço como de mercado — centra-se não apenas no objeto transacionado, mas também na percepção dos agentes econômicos. Um preço de mercado, portanto, nesta óptica, seria aquele que um determinado agente está disposto a pagar por um bem (em sentido amplo), ao mesmo tempo em que seja também o preço que o agente detentor do bem (vendedor) aceite receber para entregá-lo ao primeiro” (SAAD, Amauri Feres. *Notas sobre o regime jurídico da precificação de obras públicas*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, mar. 2011. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=72158>. Acesso em: 03 jun. 2014).

²⁹⁰ “As prestações podem apresentar diferenças segundo as circunstâncias de cada caso e o interesse justificado das partes, razão pela qual só é possível configurar uma relação de desequilíbrio quando a discrepância entre a prestação e contraprestação for tão grande que já não é mais possível falar em uma ‘contraprestação’, dado o seu caráter ínfimo ou inexistente, comparativamente ao sacrifício obrigacional do outro contratante” (ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. Saraiva: 2011. p. 180).

²⁹¹ GICO JUNIOR. Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006. p. 51. O termo também se aplica ao preço mínimo pelo qual o vendedor está disposto a fornecer a utilidade (mercadoria ou serviço) em questão.

²⁹² Para maiores detalhes sobre o modo pelo qual as informações sobre a demanda de um consumidor possibilitam a revelação de informações sobre suas preferências, ver: VARIAN, Hal Ronald. *Microeconomia: princípios básicos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2007. p. 125-143.

²⁹³ Os requisitos procedimentais que preconizam a necessária verificação da compatibilidade entre os preços contratuais e os preços normalmente praticados pelo mercado previstos pelo ordenamento jurídico são analisadas no item seguinte do estudo, pois segui-las constitui precisamente o dever jurídico do agente público.

partes, mas a discussão como o excedente contratual deveria ter sido repartido é uma preocupação distributiva, na qual não se alteram os ganhos de bem-estar para a sociedade como um todo²⁹⁴.

Contanto que o contrato seja válido, o fato de um preço pactuado ser superior ou inferior a determinado preço de referência, em si, significa apenas que as partes chegaram a uma dentre diversas possíveis repartições do excedente de valor gerado pelo acordo, a qual dependerá do poder de barganha e da capacidade de negociação de cada uma. No caso do contrato com sobrepreço, considera-se essa divisão *a posteriori* como indevida, mas isso não é suficiente para afirmar que o contrato em si era desvantajoso, tampouco para fundamentar a existência de uma efetiva lesão ao interesse em questão. Desse modo, o fato de algo ser comprado por dado preço depois reputado elevado, mesmo que a alegação proceda, não é título jurídico bastante para sacrificar direitos contratuais do fornecedor, pois quem os adquiriu fê-lo simplesmente por não encontrar no mercado quem se arriscasse a oferecer-lhe preços mais baixos²⁹⁵.

Outro sinal extraído do ordenamento de que a diferença entre valor patrimonial anterior e posterior a determinado negócio jurídico válido não é juridicamente considerada um dano é o fato de que a impugnação à distribuição do excedente contratual após a celebração do negócio realizada mediante o instituto da lesão contratual, nos termos do artigo 157 do CC/2002, não pela imputação de dano em sede de responsabilidade por ato ilícito (contratual ou extracontratual). A lesão se verifica, entretanto, quando uma pessoa, sob premente necessidade ou por inexperiência, se obriga a prestação “manifestamente desproporcional” ao valor da prestação oposta. A manifesta desproporção deverá ser apreciada “segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico” (art. 157, § 1º), observação que serve para atrelar a lesão à ideia de desequilíbrio contratual originário e para diferenciá-la dos casos de desequilíbrio superveniente (art. 478, CC/2002). Para que o contrato não seja anulado, a parte favorecida precisa concordar com a redução em seu proveito ou oferecer suplemento suficiente à parte desfavorecida, mas a relação entre lesão e desequilíbrio originário pouco esclarece, no entanto, sobre o que constituiria esse

²⁹⁴ Haverá custos sociais, entretanto, quando o superfaturamento por preços excessivos for resultado da formação de um cartel.

²⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 114.

desequilíbrio²⁹⁶, principalmente quando se entendem as dificuldades na adoção de uma teoria objetiva do valor.

Entretanto, a lesão está sujeita a dois requisitos: não só é necessária a “manifesta desproporção” entre as prestações (apurada segundo um critério objetivo), como também se exige que ela tenha ocorrido a partir da premente necessidade do contratante ou de sua inexperiência (o requisito subjetivo), o que impede sua comparação com um mecanismo pelo qual se pretenda imputar dano extracontratual por desequilíbrio contratual genético. Ressalve-se, ainda, que o instituto é utilizado apenas nos casos em que a alegada desproporção venha a ser considerada manifesta e exagerada, reconhecendo-se que a simples diferença entre o preço convencionado pelas partes e o valor real de mercado não a caracteriza e que a desproporcionalidade entre as prestações é comum nos contratos bilaterais e não basta, por si só, para a anulação do contrato²⁹⁷ – trata-se de um vício de consentimento, que se destina a proteger a vontade da parte das situações nas quais ela se encontre ameaçada pela premente necessidade ou pela inexperiência, não sendo suficiente a simples alegação do desequilíbrio contratual originário.

Esclarece-se, ademais, que “licitação regularmente processada” afasta os casos de superfaturamento por preços excessivos devido à colusão entre licitantes²⁹⁸, ou ao conluio entre o administrador e o contratado. Dessa forma, um “dano” deve ser juridicamente entendido como uma perda fruto de um fato que não tenha sido objeto de acordo de

²⁹⁶ Para uma abordagem econômica da lesão em caso de premente necessidade, ver: ZANITELLI, Leandro Martins *Lesão contratual e necessidade: considerações acerca da análise econômica dos contratos lesivos*. Prismas: Direito, políticas públicas e mundialização. Brasília, v. 8, n. 1. p. 117-145, jan./jun. 2011. p. 118.

²⁹⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 224.

²⁹⁸ A prática de cartel em licitações consistirá no acordo entre os competidores para, conjuntamente, eleger o vencedor do certame, concedendo vantagens às empresas vencedoras com o objetivo de favorecer os pactuantes em conluio. Há, nesse caso, a fraude ao caráter competitivo da licitação, tipificada como crime no artigo 36, *caput* e § 3º da Lei 12.529/2011: Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; [...].

vontades²⁹⁹, e se a divisão do excedente contratual foi discutida na negociação da avença, ela não deve ser considerada um fato danoso.

O questionamento sobre o conceito de superfaturamento por preços excessivos como dano ao erário, dessa forma, adota como pressuposto que a Administração Pública, na celebração de seus contratos de obras, serviços, compras e alienações, atua como um agente cujas respectivas preferências (formadas pelo interesse público) devam ser coerentes com os meios escolhidos para atendê-las. Quando as preferências do tomador de decisões são instáveis ou desordenadas³⁰⁰, entretanto, ele não é considerado capaz de formar juízos sobre seus próprios interesses, mas sim um agente absolutamente ou relativamente incapaz, sendo normalmente o caso de nulidade do negócio jurídico e de restituição das partes ao status quo anterior³⁰¹.

Além disso, as partes envolvidas em qualquer acordo de vontades devem possuir informações sobre o objeto que está sendo contratado, sobre os preços e as demais condições com as quais estão dispostas a se comprometer³⁰², e sobre outros aspectos que são considerados juridicamente como “cláusulas essenciais do contrato” (cf. art. 55 da LLC)³⁰³.

²⁹⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 322.

³⁰⁰ Para que um agente seja considerado racional, suas preferências precisam ser transitivas: uma pessoa que prefira a alternativa “A” à escolha “B”, e prefira a alternativa “B” à escolha “C”, então prefere “A” a “C”. A escolha racional também exige um requisito trivial: que uma alternativa “A” é pelo menos tão boa quanto ela própria (nesse caso, diz-se que as preferências são reflexivas). Como ferramenta analítica, parte-se também da premissa de que as preferências dos indivíduos são estáveis, pelo menos durante o período analisado. A premissa de preferências estáveis é fundamental para gerar previsões sobre respostas às várias mudanças, e previne o analista de sucumbir à tentação de simplesmente postular que eventuais contradições em suas previsões se deveram às mudanças nas preferências. Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 42-43.

³⁰¹ A nulidade dos negócios jurídicos praticados por incapazes baseia-se no fato de que pessoas incapazes, ao contrário da maioria, não são as mais indicadas para proteger os próprios interesses. Dessa forma, o Direito atribui a responsabilidade pela proteção de incapazes contra contratos prejudiciais às pessoas capazes com as quais elas negociam, pois são esses parceiros capazes que estão, geralmente, em melhor posição para proteger os incapazes, melhor do que qualquer outra pessoa. O ordenamento segue o princípio geral da responsabilidade civil, o de atribuir a responsabilidade ao agente que estava em melhor condição de evitar o prejuízo. Nesse sentido: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 281-282.

³⁰² “Nem sempre a vontade se forma em um mesmo instante: normalmente, o agente, antes de formar e concretizar sua vontade, busca conhecer o bem de que precisa ou deseja e analisar as vantagens e desvantagens do negócio pretendido. É o conhecimento consciente do bem que atrai a vontade, daí se falar que o consentimento, para que seja válido, deve ser dado com prévio conhecimento de causa” (LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2008. p. 200).

³⁰³ Não se exige, todavia, que as partes possuam informação perfeita sobre o que vai ocorrer no futuro: quando elas celebram um negócio jurídico, o fazem por esperar que seu bem-estar será aumentado, ainda que essa expectativa não venha a se concretizar. Pode ocorrer que um contrato venha a se revelar uma desvantagem para uma ou para ambas – pode ser que uma informação relevante não estivesse disponível, ou que os acontecimentos tenham se desenrolado de modo imprevisível, ou ainda que as partes não estivessem cientes que determinados riscos estavam implícitos no contrato. Ver: SCHAFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Cheltenham: Edgar Elgar, 2004. p. 273-274.

Reitere-se que a hipótese de superfaturamento por preços excessivos não se refere a um desequilíbrio superveniente do contrato, e sim a um desequilíbrio em sua origem. Por ocasião da celebração da avença, assume-se que as partes devem deter conhecimento sobre o que esperam conseguir com a transação, os preços que estão dispostas a pagar, a duração prevista para o acordo e outras condições com as quais estão dispostas a se comprometer. Entende-se, aliás, que elas consigam identificar os aspectos da promessa que lhes são realmente significativos e os aspectos que não o são.

É de se notar, dessa forma, que o superfaturamento por preços excessivos ocorre quando as preferências da Administração Pública não foram perfeitamente definidas, devido à violação de um dever exigível de um agente público. Ou seja, devido à ausência de diligência de seu agente, a organização administrativa não dispunha de informações adequadas sobre o quanto estava disposta a pagar pelo objeto do contrato, empregando quantias superiores às que deveriam estar disponíveis para a satisfação do interesse coletivo. O preço de reserva da Administração não deveria ter sido fixado naquele patamar pelo gestor público, e sim em um nível reputado compatível com o de mercado. A análise implica a necessidade de uma avaliação da conduta do agente público – não do particular contratado – na definição precisa das preferências da coletividade.

Como fruto da aplicação do regime jurídico administrativo, essa disposição em pagar de um ente público é estabelecida mediante procedimentos anteriormente previstos em enunciados normativos. A alocação de recursos financeiros coletivamente arrecadados mediante o processo orçamentário define em que finalidades e políticas públicas a sociedade está disposta a investi-los, mas não fornece informações suficientes sobre o quanto ela estaria disposta a gastar com os componentes individuais dos bens e serviços a serem prestados pela organização administrativa. Dessa forma, o gestor público encarregado do processo licitatório é, em última análise, responsável por estabelecer de forma precisa qual o preço de reserva da coletividade, qual a disposição desta em pagar pela utilidade específica que está sendo adquirida.

A situação é distinta caso o acordo de vontades seja objeto de questionamento, o que, entretanto, requer que se impugne a própria racionalidade do agente decisório. Nos casos em que não se pode afirmar que um agente tenha atuado de forma racional, o ordenamento prevê a nulidade do negócio jurídico, e o Direito Privado utiliza as noções de capacidade do agente

e da ausência de vícios de consentimento para refletir o requisito de racionalidade para o reconhecimento de efeitos à manifestação de vontade de um sujeito de direitos³⁰⁴.

A validade dos atos e contratos administrativos, observe-se, não se fundamenta nos mesmos pilares da teoria das nulidades do Direito Civil. No Direito Privado, os atos nulos e os anuláveis são diferenciados por dois aspectos: a) na nulidade absoluta, os atos não podem ser sanados, na relativa sim; b) a nulidade absoluta pode ser decretada não somente mediante provocação do interessado (e do Ministério Público), mas também de ofício, pelo Juiz. No Direito Público, a Administração dispõe da autotutela, sendo desnecessária a provocação do interessado para a decretação da nulidade absoluta ou relativa. A primeira distinção subsiste: há vícios insanáveis e sanáveis, que resultam em atos nulos e convalidáveis³⁰⁵. Embora a Lei de Licitações e Contratos faça referência expressa a nulidade do processo licitatório e do contrato administrativo dele decorrente em outros dispositivos³⁰⁶, o instituto é disciplinado nos artigos 49 e 59, da Lei 8.666/1993³⁰⁷.

³⁰⁴ Conforme salienta Fernando Noronha, “[...] [a] presunção de realização da justiça substancial objetiva através do mero acordo das partes, consubstanciado no contrato, só não valerá em casos especiais, em que as razões em que se baseia não se verifiquem – como quando não se realizam as condições de justiça formal (seja devido à presença de vícios do consentimento ou à existência de incapacidades, seja por não ser possível qualquer discussão sobre o teor do contrato, como acontece nos contratos padronizados e de adesão), ou quando, ainda que tais condições estejam presentes, outros fatores efetivamente gerem gritante desproporção entre prestação e contraprestação (como acontece quando vem a ser destruída a relação de equivalência em que as partes haviam fundado o seu negócio)” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 226).

³⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 247-248.

³⁰⁶ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência: I - projeto básico; II - projeto executivo; III - execução das obras e serviços. [...] § 6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa; [...] Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa. [...] Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.

³⁰⁷ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. § 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. § 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. § 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa. § 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação. [...] Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

A primeira leitura dos artigos 49 e 59 da LLC conduz ao entendimento de que qualquer tipo de ilegalidade da licitação levaria à nulidade do contrato³⁰⁸, uma vez que atingiria todo o procedimento iniciado com a divulgação do edital e o contrato ainda que tivesse sido praticada na fase interna da licitação. A doutrina brasileira, entretanto, há tempos introduziu a noção de que haveria atos administrativos nulos e convalidáveis, de tal sorte que nem sempre a ilegalidade praticada no procedimento da licitação induziria a nulidade total do contrato³⁰⁹. Nos casos concretos, o TCU tem construído jurisprudência flexível a respeito dessa matéria, fundada na adoção de um mecanismo de ponderação dos custos, benefícios e prejuízos envolvidos na anulação ou preservação de cada contrato administrativo³¹⁰.

Cumprе ressaltar que a desconstituição dos efeitos já produzidos pode esbarrar em impossibilidade de fato (por exemplo, fornecimento de bens já consumidos) ou em impossibilidade jurídica (prejuízo ao patrimônio público e aos usuários de obra pública já parcialmente construída e em uso). Nesse caso, a desconstituição pode causar um prejuízo maior do que a manutenção do contrato legal, constituindo infringência aos princípios do interesse público, da segurança jurídica, da razoabilidade. Em situações como essas, a invalidação do contrato pode produzir efeitos para o futuro, sem desconstituir o que já foi executado³¹¹.

Muito embora um contrato administrativo seja definido como um acordo de vontades, sua anulação não envolve a alegação de incapacidade relativa por parte do Poder Público, nem

³⁰⁸ Para Hely Lopes Meirelles, não existiriam atos administrativos anuláveis, “pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre atos ilegais, ainda que assim o desejarem as partes, porque a isto se opõe a exigência de legalidade administrativa” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 179).

³⁰⁹ Nesse sentido, Seabra Fagundes, embora rejeitando a distinção civilista entre nulidade e anulabilidade, já admitia a possibilidade de que alguns atos, embora nascidos irregularmente, sejam de alguma forma úteis ao interesse da coletividade, ponderando o princípio da legalidade com outros elementos que igualmente expressariam o interesse público (FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 48-49). Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, entende possível a ocorrência de: a) atos inexistentes; b) atos nulos; c) atos anuláveis; d) atos irregulares (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 420-440).

³¹⁰ ANDRADE, Ricardo Barreto de. *A preservação dos efeitos de licitações e contratos reputados irregulares pelo Tribunal de Contas da União*. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC, v. 2, n. 5. p. 119-133. São Paulo: RT, 2014. p.125-126.

³¹¹ Nesse sentido, conforme Marçal Justen Filho, “Em grande parte dos casos, é impossível materialmente a integral e absoluta restituição das partes ao estado anterior. Até se pode cogitar de desfazimento parcial dos atos jurídicos ocorridos, mas isso seria insuficiente. Conduziria a alterar a situação original, na medida em que seriam restabelecidos apenas os aspectos favoráveis a uma das partes, não aqueles que beneficiam a outra. No entanto, a decisão invalidatória, ao produzir efeitos retroativos, não é autorizada a modificar a situação original. Ou se recolocam as partes na exata situação em que se encontravam antes ou se produz um equivalente jurídico. O equivalente jurídico reside usualmente na indenização por perdas e danos” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 851).

a ocorrência de um vício de consentimento. Se o ato administrativo contém defeito, é em princípio nulo, e a sua permanência no ordenamento tal como foi editado ou mediante ratificação ou convalidação dependerá da natureza desse vício, do confronto com o princípio da legalidade com outros preceitos no ordenamento, do sopesamento das circunstâncias envolvendo o caso e da finalidade pretendida pela norma lesada³¹².

De qualquer sorte, é com a nulidade do contrato administrativo que deixa de ser possível se afirmar que: i) a contratação, pelo simples fato de ter sido realizada, autoriza a presunção de ter sido benéfica para ambas as partes; e ii) o adquirente estava disposto a pagar o preço contratado. É a partir dessa nulidade que haverá a responsabilização, nos termos do art. 59 da LLC, não de forma objetiva, mas somente aos agentes aos quais ela possa ser imputada.

II.2.1.2 O interesse público de se contratar a preços compatíveis com os de mercado

Se não é possível classificar a prática de preços superiores aos de mercado como dano com base em argumentos econômicos, a discussão sobre a divisão de excedente contratual costuma ser baseada em argumentos valorativos, sustentando-se a indisponibilidade do interesse público e sua supremacia em relação ao interesse particular.

Nesse contexto, o processo da TCE, na hipótese de superfaturamento por preços excessivos, envolveria um confronto entre o interesse do particular e do ente público, que contesta *a posteriori* o pagamento dos preços manifestamente superiores aos de mercado. Por um lado, haveria um interesse do particular de realizar o lance que maximizaria seu retorno, tutelado pelo artigo 170, caput, da Constituição Federal, que traz o princípio da livre iniciativa na ordem econômica. Do outro, existiria um interesse da Administração Pública em não pagar preços superiores aos de mercado, ainda que assim tenha sido pactuado em contrato administrativo. Alega-se que o preço de reserva da Administração Pública teria sido

³¹² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: RT, p. 160. Cabe observar também os dispositivos da Lei 9.784/1999 sobre a questão, a qual disciplina que: “Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

determinado de forma irregular³¹³ por um agente não autorizado, em função da indisponibilidade do interesse público, a dispor da diferença em questão. A partir da aplicação dos artigos 16, inc. III, e 19, da Lei 8.443/1992 e baseado no argumento de que o contrato em questão foi fruto de uma atuação ilegítima e antieconômica de um agente público, esse interesse buscaria ser considerado como merecedor de tutela, quando confrontado com o interesse do particular de realizar a proposta que maximizaria seus retornos e, tendo o contrato sido celebrado e executado, de manter os efeitos patrimoniais por ele produzidos.

Mesmo que o princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados possa ser sujeito a questionamentos³¹⁴, a maior parte da doutrina administrativista o entende como um princípio fundamental a todo o Direito Público³¹⁵. Esclareça-se, entretanto, que o interesse público não se trata de um interesse autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que formam o todo³¹⁶, e deve ser definido a partir do direito positivo, da mesma forma que as potestades conferidas com vista à realização e os legitimados ao exercício desse interesse³¹⁷.

Não é factível alcançar-se uma definição precisa de interesse público, que está associado apenas a uma percepção geral das exigências da comunidade. Na concepção

³¹³ Tendo em vista os dispositivos da Lei 8.666/1993 e do Decreto 7.983/2013, que estabelecem as medidas procedimentais que se destinam a garantir a compatibilidade dos preços praticados com os preços de mercado, a serem objeto de análise no Capítulo II.2.2.

³¹⁴ SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses públicos vs. Interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

³¹⁵ Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que o regime jurídico administrativo estrutura-se perante dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público pela Administração. Ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51. Ver também: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, C. V. A. (coord.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

³¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51. “É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado) [...]. O que fica visível, como fruto destas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas – e que, de par com isso, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras. Pois bem, é este último interesse que nomeamos de interesse do todo ou interesse público. Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes, e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – comparecem em tal qualidade. Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão – só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 52-53).

³¹⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 33.

clássica da lei como expressão da vontade geral, a Administração figuraria como executora dessa vontade e do interesse público, detendo o monopólio de sua identificação e da sua concretização em medidas efetivas. Pressupõe-se, nesse caso, uma concepção homogênea de sociedade, com redução de todos os interesses a um denominador comum, mas também se constata a dificuldade de se estabelecer de modo antecipado a matéria concernente ao interesse público: sob esse critério, qualquer assunto passava a ser qualificada como “interesse público”, desde que assumido pela Administração³¹⁸.

Quando se substitui a concepção de homogeneidade pela de heterogeneidade, compreende-se a existência de uma multiplicidade de interesse públicos, de tal sorte que a doutrina passa a entender a impossibilidade de uma prefixação rígida do conceito. Não mais se considera que a Administração detenha o monopólio do interesse público, mas que esta seja uma atribuição compartilhada com a sociedade. Desse modo, a Administração é instrumento utilizado para se propiciarem meios para a identificação desses interesses e para arbitrá-los³¹⁹. Segue-se que o interesse público não designa um interesse existente in natura, superior ou contraposto ao interesse privado, mas apenas o resultado de uma valoração ou apreciação específica, conduzidas com base em uma norma jurídica e tendo por objeto interesses privados ou um conjunto de interesses³²⁰.

A definição dos interesses que serão elevados à condição de interesses públicos é realizada por meio do processo de criação das normas de Direito Público, as quais também indicarão em que medida elas prevalecerão sobre os demais³²¹. Nesse sentido, a doutrina mais recente tem considerado que o processo (e o procedimento) administrativo também se comporta como instrumento para enquadrar o interesse público, e expor quando o exercício da função pública constitui apenas um interesse da Administração, desalinhado com o de seus representados. É o processo administrativo que permite à Administração a valoração, de forma coordenada, de uma pluralidade de interesses, individuais ou coletivos, envolvidos na elaboração da decisão administrativa. Representa, portanto, o mecanismo de coordenação de

³¹⁸ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 188-189.

³¹⁹ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 191.

³²⁰ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 193.

³²¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 33.

interesses para a obtenção do interesse público, com o menor sacrifício dos interesses privados³²².

Embora preços de mercado não sejam instrumentos adequados para a mensuração do valor proporcionado por uma contratação, constata-se mesmo assim a existência de um interesse público em não contratar a preços superiores aos de mercado, nos termos do princípio da economicidade do art. 70 da Constituição Federal e dos dispositivos legais citados da Lei 8.666/1993 e do Decreto 7.983/2013 (cf. Capítulos I.2.2. e II.2.2.1). A coletividade estatui que há o interesse de pagar, pelos insumos utilizados na produção de bens e serviços públicos, valores compatíveis com os que um indivíduo qualquer pagaria por utilizá-los, sem ser onerada pelo fato de a alocação desses recursos ser uma decisão coletiva, ainda que, quando se consideram as eventuais diferenças de risco com as quais se depara um particular envolvido na contratação administrativa, a perspectiva pareça relativamente pouco provável.

O ordenamento jurídico, entretanto, também traz regras sobre em que medida esse interesse público deverá prevalecer sobre o interesse particular, e em que circunstâncias ele será considerado violado: conforme os enunciados aplicáveis ao momento de formação da vontade contratual administrativa e dirigidos ao agente público, a proposta cujos valores sejam superiores aos preços de mercado deverá ser desclassificada, ainda que seja a proposta de menor preço apresentada. O agente público tem não apenas a faculdade, mas o dever de fazê-lo, e precisará fundamentar de forma robusta os motivos pelos quais assim não tenha procedido. Os dispositivos em questão constituem, juntamente com a responsabilização do agente (pela atividade de controle) em caso de seu descumprimento, um sistema de incentivos para alinhar os interesses desse agente com os da coletividade a qual ele representa.

Vê-se que situações de supremacia do interesse público sobre o interesse dos particulares referem-se a situações necessariamente disciplinadas pelo ordenamento jurídico positivo³²³. São exemplos dessa supremacia, no caso dos contratos administrativos, a possibilidade de a Administração (unilateralmente) rescindi-los, de alterar as cláusulas contratuais, de fiscalizar a sua execução e de aplicar multas aos contratados, e ainda de anular

³²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 55-56.

³²³ “Havendo confronto entre o interesse público e o interesse particular, é função do direito positivo indicar: i) as situações em que estes últimos devem ceder a fim de que os primeiros prevaleçam; ii) as prerrogativas para o exercício desses interesses qualificados; e iii) os legitimados ao exercício desses interesses” (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 33).

a licitação (e o contrato) sem recorrer ao Judiciário (nos termos da Súmula 473 do STF) ou de revogá-la.

Assim, exsurge do direito positivo a existência de um interesse do ente público em não realizar contratações que possam ser consideradas antieconômicas, de tal sorte que a manifestação de vontade da Administração Pública deverá ser declarada inválida quando não tenha seguido os procedimentos destinados à tutela deste interesse. Quando essa irregularidade for constatada e declarada, será possível considerar que houve uma violação de interesse, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa, nos termos do art. 59 da Lei 8.666/1993.

Por conseguinte, nos casos em que não forem identificadas outras condutas ilícitas (fraude cometida conjuntamente com gestor público, colusão entre licitantes), enquanto a vontade manifestada no contrato administrativo inquinado não for invalidada, é impreciso afirmar que houve dano ao erário. Conclui-se que a primeira dificuldade na utilização da Tomada de Contas Especial como um mecanismo de responsabilização, em casos nos quais foram praticados preços superiores aos de mercado mas não há indícios de outras irregularidades, é o problema em caracterizar o sobrepreço como um dano, ao mesmo tempo em que há (ou houve) acordo de vontades válido, do qual esse sobrepreço foi objeto³²⁴. O questionamento sobre a manifestação de vontade da organização administrativa, entretanto, é realizado a partir da avaliação da conduta de seus agentes, objeto de análise das seções seguintes.

Defende-se, assim, uma concepção processual, não substancial de “justiça contratual”. Ao passo que não há como se afirmar que os preços superiores aos de mercado devem, apenas por tal motivo, ser considerados um dano, devem ser analisadas as condutas dos agentes envolvidos (v.g. na ocorrência de restrições injustificadas à competitividade)³²⁵.

³²⁴ Emerson Gomes entende que “a ilicitude da conduta não depende da validade ou da nulidade do procedimento. Um determinado procedimento formalmente legal, mas inoportuno sob o ponto de vista de mérito, poderia causar um dano injusto à Administração Pública” (GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade Financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. p. 172). Entretanto, a validade da vontade administrativa é incompatível com a alegação de *dano injusto*. A ilicitude da conduta, evidentemente, implicará o questionamento a essa vontade administrativa, o que *deve* levar à anulação do contrato administrativo, mas pode por si só ser reprimida mediante a aplicação de responsabilidade financeira sancionatória.

³²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. O Tribunal de Contas e os preços dos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 227.

Ressalte-se, ademais, que a conclusão da presente etapa não é que contratos administrativos com preços superiores aos de mercado devam ter seus efeitos reconhecidos pelo Direito em qualquer hipótese, apenas pelo fato de terem sido objeto de um negócio jurídico consensual. Afirma-se apenas que essa diferença, sem que alguma ilicitude na formação do contrato que lhe venha a retirar a validade, não constitui um dano em sentido jurídico, requisito para a imputação de responsabilidade. A compatibilidade com o Direito da conduta de cada agente será analisada a seguir (II.2.2).

II.2.2 A definição do dever jurídico do agente público e a indefinição do dever jurídico do particular contratado

Após se demonstrar a dificuldade em se caracterizar a prática de sobrepreço em um contrato administrativo válido como um dano ao erário, passa-se a examinar em detalhes a conduta dos agentes envolvidos: os agentes públicos que conduziram o processo licitatório e a contratação e o terceiro que atuou como licitante e contratado.

O segundo pressuposto da imputação de responsabilidade é a conduta dolosa ou culposa dos agentes, os quais devem ou ter a intenção de produzir um resultado danoso, ou agir com imprudência, negligência ou imperícia³²⁶. Tradicionalmente, o dolo conjuga o propósito de causar dano (representação do resultado) com o conhecimento da contrariedade da ação à ordem jurídica³²⁷, embora a doutrina moderna tenha aceito que sua identificação ocorre simplesmente a partir da consciência, por parte do agente, de que o procedimento seria lesivo³²⁸. Quanto à culpa, as diversas definições podem ser agrupadas em dois grandes grupos. O primeiro grupo define a culpa como violação de um dever legal ou contratual pré-existente. A visão tem a virtude de formular um conceito unitário de culpa, mas não define com precisão o dever jurídico violado, nem sempre fácil de estabelecer³²⁹, tornando

³²⁶ “Das noções expostas, ficou-nos a concepção de culpa genérica, que se desdobra em dolo e culpa propriamente dita; aquele não é o vício de vontade, mas o elemento interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado, ao passo que na culpa, em sentido estrito, a vontade é dirigida ao fato causador da lesão, mas o resultado não é querido pelo agente. A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude” (AGUIAR DIAS, J. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 149).

³²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 32.

³²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 92.

³²⁹ CALIXTO, Marcel Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 9-10.

necessária a referência a um dever geral e indeterminado³³⁰ de não causar dano, de não lesar. Assim, seria a conduta contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível³³¹.

Outro grupo de autores define culpa simplesmente como um erro de conduta³³², afastando a necessidade de se demonstrar qual o dever jurídico violado, mas tendo como desafio estabelecer o padrão de conduta que deveria ter sido observado pelo agente. Retoma-se, assim, a conduta do agente médio, contextualizada com a referência às circunstâncias do caso concreto³³³⁻³³⁴. O erro de conduta pode consistir em uma ação ou omissão que acarreta a violação do cuidado devido, determinado socialmente, tomando-se o padrão de conduta que

³³⁰ “Haveria, assim, ao lado do dever imposto por lei ou por contrato, resultante de um texto claro que obrigue a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, o dever indeterminado: hipóteses em que o elemento objetivo da culpa existe sem que corresponda a um texto expresso de lei ou disposição de vontade. O dever geral de não lesar a ninguém corresponde ao direito, também de ordem geral, de não ser lesado. Aí está um exemplo de violação de direito que não podia estar prevista, a não ser de modo geral, logo, dever indeterminado. Tal direito tem como sujeitos passivos todas as outras pessoas”. (ALVIM, Agostinho Nunes de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 248-249).

³³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 35. Em sentido análogo, conforme Carlos Roberto Gonçalves, “Em qualquer de suas modalidades, entretanto, a culpa implica violação de um dever de diligência, ou, em outras palavras, a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção de medidas capazes de evitá-los” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 446).

³³² Caio Mário da Silva Pereira atesta que “A doutrina brasileira reza, mais frequentemente, no conceito vindo de Marcel Planiol (violação de norma preexistente), sem embargo de encontrar guarida a ideia de erro de conduta, como ocorre em minhas Instituições de Direito Civil, vol. I, n. 114; ou com Sílvio Rodrigues, vol. 4, n. 53; ou com Alvinio Lima, quando diz que a culpa é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente, e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 95-96). Em segunda, o autor conceitua culpa como “erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo”, mas assevera que “o ponto de partida é a violação de uma norma preexistente. Haverá, sempre, uma norma de conduta (legal ou contratual). A sua observância é um fator de harmonia social. Quando uma pessoa deixa de a ela obedecer, desequilibra a convivência coletiva” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 97).

³³³ Nesse sentido de “erro de conduta”, é possível formular o conceito nos seguintes termos: “erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado pelo ser humano prudente, nas circunstâncias do caso concreto” (CALIXTO, Marcel Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 31).

³³⁴ Vale ressaltar que, em uma perspectiva econômica, a culpa deverá ser verificada em abstrato, a partir da perspectiva de um homem médio e sem considerações sobre as características individuais do ofensor. Além do fato de que os tribunais teriam custos excessivos se tentassem averiguar a situação particular de cada ofensor, somente será possível minimizar o custo esperado dos danos (o prejuízo causado pelos acidentes ponderado pela probabilidade de sua ocorrência) se as circunstâncias individuais de um agente não forem consideradas para se estabelecer o nível de cuidado. O objetivo é impedir, por exemplo, que uma empresa alegue que não adotou determinadas medidas de cuidado porque, para ela, sairia especialmente mais caro, ou que um motorista escape de uma responsabilização alegando que, para ele, a revisão de seu veículo sairia cara demais, portanto o fato de ele estar com seus pneus desgastados não deveria ser levado em consideração. Se a atividade jurisdicional não garantir que o ofensor ou adote as medidas de precaução, ou evite praticar a atividade arriscada, ou seja responsabilizado, ela não será útil para reduzir a quantidade e a gravidade dos acidentes. Cf. SCHAFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Cheltenham: Edgar Elgar, 2004. p. 139-140.

determinada sociedade espera do ser humano prudente, considerando-se também a formação intelectual e física do agente.

Na seara do Direito Público, a formação de vontade do ente administrativo deve ser verificada pela adoção dos procedimentos juridicamente previstos destinados a garantir sua racionalidade (a compatibilidade entre suas ações e suas finalidades coletivas), ao passo que também se prevê a nulidade dos atos e dos contratos que não observem os requisitos para a formação e manifestação da vontade do ente público tomador de decisão. Dessa forma, embora a manifestação de vontade da Administração Pública em contrato administrativo válido impeça que se conclua estritamente pela existência de dano em sentido jurídico, o questionamento sobre a validade dessa manifestação de vontade partirá da constatação da ocorrência de uma conduta culposa, da violação de um dever de cuidado preexistente do agente público (II.2.2.1). Não há, entretanto, definição sobre qual seria o dever jurídico preexistente do agente particular quando da realização de um contrato administrativo (II.2.2.2).

II.2.2.1 O papel do agente público na formação da manifestação de vontade da Administração

No âmbito da responsabilidade financeira, exige-se que a conduta do agente administrativo seja uma ação ou omissão voluntária na gestão de bens, dinheiros e valores públicos, praticada por gestor público ou por particular que exerça a função de gestor público equiparado. Não há condutas previamente tipificadas, mas é necessário que a atuação viole norma (regra ou princípio) relativa à gestão de bens, dinheiros ou valores públicos, que estejam previstos na legislação pertinente (de Direito Administrativo e Direito Financeiro), de forma explícita ou implícita. A violação de normas técnicas também pode gerar responsabilidade financeira, quando referidas implícita ou explicitamente, pela legislação referente à gestão de bens, dinheiros e valores públicos³³⁵.

Juridicamente, quando se trata de órgãos públicos da administração direta, de autarquias e fundações, a relação formada entre o ente público e o servidor é normalmente

³³⁵ GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade Financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. p. 171.

compreendida como estatutária (não contratual)³³⁶, pois retiraria seus efeitos diretamente do ordenamento jurídico e não de cláusulas previamente pactuadas pelos agentes. Entretanto, embora não exista um contrato de trabalho especificando todos os direitos e deveres do agente investido na função, a relação entre servidor e coletividade pouco se distingue de uma relação contratual³³⁷ entre um agente e um dirigente, um “principal”³³⁸, perante o qual o primeiro precisa prestar contas de sua atuação. O dever do agente é, com sua conduta, realizar o interesse da coletividade em cujo nome ele age.

Desse modo, ainda que não haja um instrumento contratual no qual obrigações específicas tenham sido negociadas, existem diversos enunciados normativos que permitem estabelecer deveres ao agente público na condução de cada contratação, sob pena de responsabilização³³⁹. Quanto à definição da disposição a pagar do ente público, reitera-se que

³³⁶ A manifestação de vontade do servidor consistiria apenas no ato de aceitação das normas impostas pelo Poder Público: no ato da posse, o nomeado declara a intenção de formalizar o vínculo e de se submeter ao regime jurídico prefixado. Além dos servidores estatutários, sujeitos ao regime modificável unilateralmente por lei e ocupantes de cargos públicos, há também os: i) empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público (na esfera federal, cf. a Lei 9.962/2000); e ii) servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (cf. art. 37, inc. IX, da CF/1988).

³³⁷ Uma vez que há uma especificação das ações que as partes devem tomar, em determinadas condições, a função pública pouco se distingue de um contrato de trabalho. As ações, no caso, envolvem a prestação de determinados serviços e a disponibilização de sua força de trabalho pelo agente, e o pagamento de quantias especificadas pelo principal. Ainda que as “cláusulas” sejam mutáveis, essa mutabilidade não ocorre ao arbítrio da Administração Pública. Não é o “Estado-sujeito-de-direito”, enquanto parte na relação de função pública, que fixa e altera unilateralmente o estatuto desta. O estatuto é alterado enquanto ordem jurídica, pela função legislativa do Estado, a mesma que produz os textos normativos que são aplicáveis a todos os contratos. Ademais, tanto no Direito do Trabalho quanto nos contratos administrativos existe o direito de uma das partes alterar o contrato (dentro de determinados limites), o que não retira a natureza contratual dos institutos. Ver: NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 161.

³³⁸ A expressão agente-principal é de origem inglesa e costumeiramente traduzida dessa forma pela literatura, mas é de se observar que o termo “principal”, isoladamente, pode ser utilizado com o sentido de “diretor”, “dirigente” (WHITLAM, John; DAVIES, Vitoria; HARLAND, Mike et. al. *Dicionário Collins Gem Inglês-Português, Português-Inglês*. Glasgow: Harper Collins, 1993. p. 207). Desse modo, é uma relação entre um diretor e um dirigido, que age em nome daquele. No caso específico da relação entre governantes e governados, os cidadãos agem como “principais”, premiando ou sancionando o desempenho dos governantes enquanto agentes de um ato de delegação representado pelas eleições. Os demais servidores, por sua vez, também constituem agente públicos, tenham sido nomeados pelos representantes políticos ou contratados pela entidade administrativa.

³³⁹ Conforme Adam Przeworski, alguns problemas de agência inerentes à operação da burocracia pública não são diferentes daqueles que enfrentam organizações particulares, mas uma diferença importante provém da dificuldade de estabelecer critérios a partir dos quais os agentes possam ser avaliados no setor público. No setor privado, é mais fácil atrelar o rendimento de indivíduos e equipes a resultados financeiros, mas as organizações públicas possuem objetivos múltiplos, não redutíveis a uma única dimensão. As burocracias públicas frequentemente são monopólios, implicando a inexistência de critérios comparativos a partir dos quais avaliar seu rendimento. Perante estas dificuldades, as burocracias são mais propensas a confiar mais na conformidade com as regras do que em sistemas diferentes de incentivos. Há um controle de processos, não de resultados: o principal estabelece normas rígidas, e os agentes são julgados de acordo com a conformidade de sua atuação, consoante o principal possa observar e com aquilo o que os agentes informam. Entretanto, este não é um modo efetivo de controle: não apenas é custoso (os principais suportam os custos e monitorar e do tempo que os agentes gastam em produzir os relatórios), mas também não estabelece uma relação direta entre

a Lei 8.666/1993 preceitua que: i) as obras e serviços somente poderão ser licitados quando existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários (art. 7º, § 2º, inc. II); ii) o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários deverá ser parte integrante do edital (art. 40, § 2º, inc. II); iii) que as compras, sempre que possível, deverão submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado (artigo 15, inc. III); e iv) não apenas o registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado, mas também que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar algum preço dele constante em razão de incompatibilidade deste registro com o preço vigente no mercado (art. 15, § 1º e § 6º).

Quanto ao pregão, a modalidade instituída pela Lei 10.502/2002 foi regulamentada³⁴⁰ pelo Decreto 3.555/2000, o qual prevê que o termo de referência deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato (art. 8º, inc. II). Já o inciso seguinte estabelece que a autoridade competente deverá definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado³⁴¹. O Regime Diferenciado de Contratação possui regras similares, que

os incentivos (as regras) e o rendimento. Monitorar o esforço individual e obter a informação que seria privativa dos agentes é proibitivamente caro, e a confiança nas regras pode ser a terceira melhor opção. Ver: PRZEWORSKI, Adam. *Acerca del diseño del Estado: una perspectiva principal-agente*. In: ARGENTINA. Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. *Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas*: retomando el debate de ayer para fortalecer el actual. Buenos Aires: Proyecto de Modernización del Estado, 2011. p. 153. Disponível em: <[www.jefatura.gob.ar/archivos/pme/publicaciones/libro_acuna .pdf#page=138](http://www.jefatura.gob.ar/archivos/pme/publicaciones/libro_acuna.pdf#page=138)>. Acesso em: 12 jul. 2013.

³⁴⁰ No âmbito dos órgãos da Administração Federal direta, fundos especiais, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União. Esclareça-se que a Lei 10.502/2002 é fruto da conversão em lei ordinária da Medida provisória 2.026-3, de 28 de julho de 2000, o que explica o decreto regulamentar ter sido expedido em data anterior à da lei ordinária.

³⁴¹ O Decreto 5.450/2005, que regulamenta a modalidade pregão na forma *eletrônica*, aplicável no âmbito dos órgãos da Administração federal direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, dispõe de forma semelhante que: “Art. 9º [...] §2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, *valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado*, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva” (grifos acrescidos). Já o Decreto 3.931/2001, que regulamenta o sistema de registro de preços no âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, estabelece que: “Art. 3º A licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência ou de pregão, do tipo menor preço, nos termos das Leis nºs 8.666, de 21 de julho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002, e será precedida de ampla pesquisa de mercado. [...] §2º Caberá ao órgão gerenciador a prática de todos os atos de controle e administração do SRP, e ainda o seguinte: [...] IV –

preveem a obrigatoriedade de o agente público desclassificar as propostas que, após a negociação, permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação (art. 24), o qual deverá ser calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares (art. 9, inc. II). O custo global de obras e serviços de engenharia também deverá ser obtido a partir do Sinapi, no caso de construção civil em geral, e do Sicro, a partir de obras rodoviárias, ou, em caso de inviabilidade, em tabelas de referência oficiais ou em pesquisa de mercado (art. 8º, §§ 3º e 4º), e os contratos deverão observar condições de aquisição, seguros, garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado (art. 4º, inc. IV, todos da Lei 12.462/2011).

Tais medidas buscam conferir racionalidade à aquisição coletiva, pois a aquisição de quaisquer bens, serviços (ou insumos) deve ser precedida da definição da necessidade a ser atendida com a contratação e do custo que se está disposto a pagar para atendê-la. Esse passo corresponde a uma das últimas etapas na ordenação de preferências do ente público. A realização de licitação sem a elaboração de orçamento de referência é inviável até mesmo para fins da Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual obriga a administração a estimar o impacto orçamentário da futura contratação (art. 15 e 16 da LC 101/2000).

O dever juridicamente exigível de cuidado do agente público que realiza a contratação está bem descrito, por exemplo, no Voto condutor do Acórdão TCU 1.235/2004 – Plenário, que estabelece a necessidade de verificação da conformidade de cada proposta com os preços correntes do mercado, de forma a evitar que eventual conluio entre licitantes traga prejuízos ao erário. Dessa forma, deve haver uma prévia pesquisa de preços de mercado, tanto para servir de parâmetro de estimativa do custo de aquisição do bem ou do serviço, quanto para desclassificar proposta manifestamente em desacordo com os valores normalmente praticados³⁴².

realizar a necessária pesquisa de mercado com vistas à identificação dos valores a serem licitados; [...] Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.”

³⁴² Entende-se relevante a transcrição de excertos do Acórdão TCU 1.235/2004 – Plenário, que sintetiza os deveres de cuidado do gestor de recursos públicos quanto ao valor dos bens e serviços adquiridos: “4.3.1. Um dos principais procedimentos a ser adotado por uma comissão de licitação, em especial nas licitações do tipo menor preço, deve ser a verificação da conformidade de cada proposta com os preços correntes no mercado (art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/93), de forma a evitar que eventual conluio entre licitantes para majorar artificialmente os preços ofertados possa passar despercebido pela comissão julgadora do certame e, consequentemente, trazer prejuízos ao erário. 4.3.2. Para tal, deve o processo licitatório ser precedido de pesquisa de preço de mercado para que possa ser utilizada, não só nessa verificação da conformidade do preço ofertado com o de mercado durante o julgamento da licitação, como também para servir de parâmetro de estimativa do custo da aquisição do bem ou contratação do serviço. 4.3.3. Assim, como os integrantes da

Assim, um exemplo de padrão jurídico de conduta exigível ao gestor público (em relação à definição do valor da contratação) pode ser inferido do artigo 40, inc. X, da Lei 8.666/1993, conforme o qual o edital necessariamente indicará o critério de aceitabilidade de preços unitários e global³⁴³. A partir desse dispositivo, em conjunto com o art. 43, inc. IV, exige-se que a proposta do licitante em desconformidade com os preços de mercado ou com o preço máximo admitido pela administração seja desclassificada³⁴⁴. Com a constatação de que os preços ofertados pelos licitantes eram superiores aos pesquisados, deve o gestor público (a comissão ou a autoridade homologatória) desclassificar todas as propostas apresentadas, nos termos do art. 43, inciso IV, e do art. 48, inciso II, e § 3º, da Lei 8.666/1993³⁴⁵. Assim, há

comissão de licitação e o Prefeito à época inobservaram essa obrigação legal de confrontação dos preços de mercado com os preços ofertados, não há como acolher as alegações acima. [...] 4.3.6. A Jurisprudência no âmbito deste Tribunal também é pacífica quanto à responsabilidade solidária dos membros da comissão de licitação quando ficar caracterizado dano ao erário decorrente de irregularidade nas fases de habilitação e julgamento das propostas. [...] 4.3.7. Assim, considerando que competia à comissão de licitação examinar a conformidade das propostas apresentadas pelos licitantes com o preço corrente no mercado, não há como aceitar os argumentos oferecidos pelos membros da Comissão. Ressalte-se que, para evitar o superfaturamento apurado, não se exigia dos membros da comissão nenhum conhecimento técnico profundo, bastando para tanto que tivessem efetuado pesquisas de preço dos produtos no mercado. De posse desses preços de referência e com a constatação de que os preços ofertados pelos licitantes eram superiores aos pesquisados, deveria a Comissão ter desclassificado todas as propostas apresentadas, nos termos do art. 48, II, e § 3º, da Lei n.º 8.666/93. Se assim não procederam, agiram com negligência (falta de precaução), o que implica conduta culposa. [...] 4.3.9. Frise-se também que um superfaturamento advindo de um contrato precedido de procedimento licitatório somente ocorre quando, no mínimo, houver culpa da comissão de licitação, que é quem, em verdade, julga e classifica as propostas ofertadas e, por conseguinte, tem o dever de tomar a precaução imposta pela Lei de efetuar pesquisa de preço de mercado previamente à realização do certame licitatório, para poder ter noção do valor que está sendo proposto à Administração Pública pelo particular. No caso de irregularidade, o próprio art. 51, § 3º, da Lei 8.666/93 estabelece que a responsabilidade é solidária dos membros da comissão da licitação, salvo em caso de divergência devidamente fundamentada e registrada em ata (que não ocorreu), não havendo razão, portanto, para a individualização da conduta de cada um de seus integrantes” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.235/2004 – Plenário. TC 013.628/1999-2. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 25 ago. 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2014). Deliberações do TCU no mesmo sentido: Acórdãos TCU 519/1999 – 2ª Câmara; 447/2001 – 1ª Câmara; 57/2003 – Plenário; 322/2003 – 1ª Câmara; 58/2005 – Plenário; 693/2005 – 1ª Câmara; 1.907/2005 – 1ª Câmara; 1.184/2007 – Plenário; 1.185/2007 – Plenário; 2.407/2010 – Plenário; e 400/2011 – Plenário (mantido pelo Acórdão 963/2011 – Plenário).

³⁴³ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem da série anula, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação [...] e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...] X – o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48.

³⁴⁴ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...] IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis.

³⁴⁵ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 48. Serão desclassificadas: [...] II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. [...] § 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas,

diversas normas procedimentais que vinculam a atuação do agente público, cuja obediência é normalmente suficiente para concretizar o interesse público de evitar a prática de preços manifestamente superiores aos de mercado.

Por essa razão, a Corte de Contas considera que o superfaturamento por preços excessivos somente ocorre quando, no mínimo, houver culpa do agente público, que é quem tem o dever de tomar as medidas de precaução para que se possa ter noção do valor da prestação contida na proposta do licitante³⁴⁶. Esse dever envolve estabelecer de forma coerente o objeto a ser contratado e a disposição da Administração em pagar por ele, e ele será responsabilizado caso se conclua que ele não envidou esforços suficientes para adimpli-lo a contento. Observe-se que não se exige o elemento subjetivo do dolo do agente público para a imputação de débito, bastando a culpa em sentido estrito.

Uma vez que o agente público viola seu dever jurídico de cuidado, não realizando pesquisa de preços de mercado ou realizando-a de forma imperita, ou ainda não desclassificando as propostas com aqueles incompatíveis, faz com que a Administração cometa um erro na manifestação das preferências da coletividade: ela passa a ter uma ideia falsa da realidade, capaz de conduzi-la a manifestar sua vontade de maneira diversa do que manifestaria se melhor a conhecesse. Tendo em vista os normativos que orientam a formação de sua manifestação de vontade, a Administração estaria disposta a pagar pelo objeto contratual um preço compatível com os preços de mercado, mas a conduta do agente faz com que a organização pública se equivoque sobre essa disposição em pagar pelo (ou seja, ao valor atribuído ao) objeto contratual. Observe-se, entretanto, que esse erro é acidental, não essencial³⁴⁷, pois o adquirente, mesmo que tivesse conhecimento da verdade, ainda concordaria com a realização do negócio (apenas de maneira diversa). Além disso, pela própria forma com que a irregularidade foi caracterizada, ela requer a negligência ou a imperícia de um agente seu, o que lhe retiraria o caráter de escusável – também necessário à

a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

³⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.235/2004 – Plenário. TC 013.628/1999-2. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 25 de agosto de 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2014.

³⁴⁷ O erro essencial ou substancial é aquele de tal importância que, sem ele, o ato não se realizaria: se o agente conhecesse a verdade, não manifestaria vontade de concluir o negócio jurídico. Já o erro acidental é aquele que recai sobre qualidades secundárias do objeto, de modo a influir apenas nos termos em que o negócio jurídico é realizado: o agente praticaria o mesmo ato se tivesse ciência do erro, apenas em condições diversas. Ademais, para tornar o negócio jurídico anulável, o erro deve ser escusável, não sendo consequência da culpa daquele que o alega para anular o ato que o praticou. É elemento considerado implícito no próprio conceito de erro. Ver: AMARAL, Francisco. *Direito civil*: Introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 495.

invalidação do negócio. Nesses casos, o fato de que uma das partes tenha utilizado informações equivocadas (que ela própria tenha coletado) não é um fundamento apto a isentá-la de seus deveres contratuais³⁴⁸. Por fim, como adiantado, a rediscussão sobre a divisão originária de excedente contratual é realizada no regime do Código Civil de 2002 pelo já examinado instituto da lesão, não do erro.

Quando os princípios e as regras da legislação de Direito Público trazem instrumentos específicos, entretanto, não se recorrem aos institutos tradicionais de Direito Civil. Embora se esteja lidando com uma irregularidade na formação da manifestação de vontade da organização pública que a levou a “cometer um erro”, não é necessária a invocação do instituto do erro nem da lesão contratual, dispensando assim demonstrar a premente necessidade ou a “inexperiência” da Administração Pública. Uma vez que a manifestação de vontade da administração é formada mediante a adoção de determinados procedimentos legais e eles não são cumpridos, mostra-se cabível a anulação do contrato administrativo, com consequências distintas a depender de a irregularidade ser também imputável ao particular contratado.

Vale lembrar que entre a administração e o agente público, não há um negócio jurídico, um acordo de vontades cuja divisão do excedente busca ser rediscutida, mas uma relação funcional entre um dirigente e um dirigido sujeito à prestação de contas de sua atuação (art. 70, CF/1988). Dessa forma, o fato de a relação contratual não ter sido anulada pode proteger uma das partes que a celebrou e para a qual ela gera efeitos, mas não serve de argumento para a não-responsabilização do agente público que cometeu a irregularidade que levou à sua celebração. Nesse caso, é possível, independente da nulidade ou da validade do contrato administrativo, julgar suas contas irregulares por “prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico” e imputar-lhe responsabilidade financeira sancionatória, nos termos do art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, com fundamento não em um dever genérico de não causar dano, mas no dever de prestar contas de sua própria atuação (art. 71, inc. II, CF/1988). Quando uma proposta com sobrepreço não é desclassificada, de modo a vencer a licitação e a ser-lhe adjudicado o objeto contratual, o interesse público em se contratar a preços compatíveis com os de mercado é violado pelo agente legalmente encarregado de realizar a definição precisa do preço de reserva da organização. Não se pode falar em “conduta voluntária da Administração” quanto a esta relação entre o agente público e

³⁴⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 234.

o ente administrativo, pois o agente é que era o responsável por manifestar a vontade da organização.

A verificação da culpa deverá ocorrer no processo de TCE, quando deverá se constatar se o agente poderia ter adotado alguma medida mais eficiente de cuidado, em termos de custo-benefício. Sua responsabilização deverá ser elidida, por exemplo, caso se verifique que não havia nenhuma medida que ele pudesse adotar cujo custo fosse inferior aos benefícios esperados na redução do sobrepreço em questão. Quando, na presença de um contrato no qual posteriormente se verificou o superfaturamento de preços, constata-se que este poderia ter sido evitado pela realização de pesquisa de preços de mercado, e que, considerando-se todos os custos envolvidos, realizar essa pesquisa não seria mais oneroso do que o próprio sobrepreço, o agente deverá ser responsabilizado pela prática de ato ilegal e antieconômico.

Enfatize-se que esse controle prévio possui custos³⁴⁹, pois um “preço de mercado”, não é uma variável diretamente observável, mas sim uma medida representativa de uma amostra, coletada a partir de um universo composto por todas as transações envolvendo o produto e seus substitutos próximos, em um mercado considerado como relevante. O planejamento da contratação, a especificação do objeto a ser adquirido (definição de quais produtos podem ser considerados como substitutos próximos), a realização da amostragem (incluindo a definição do que se considerará como mercado relevante), todas essas atividades constituem dispêndio de recursos (o tempo gasto seria necessário para a realização de outras atividades), e o agente público deverá empregá-los de forma racional, de modo que os recursos alocados no processo reduzam o tamanho do sobrepreço e a probabilidade de sua ocorrência.

É também preciso se avaliar como a pesquisa foi elaborada, analisando se um esforço adicional na produção de uma pesquisa mais precisa seria capaz de alcançar um resultado mais representativo do universo de preços relevantes, de modo a não permitir que a administração contratasse a preços significativamente superiores aos que um indivíduo se depararia, em um mercado concorrencial. Por exemplo, deve-se verificar se algumas das empresas utilizadas na pesquisa de preços de mercado possuem sócios em comum, ou se

³⁴⁹ Note-se, ademais, que os recursos empregados nessa verificação são, em grande parte, custeados pela própria coletividade, de forma que os custos que o agente público suporta são relacionados ao seu tempo: embora seja remunerado para fazer isso, o gestor do contrato ou o membro de comissão de licitação devem escolher como alocar esse tempo entre diversos projetos e atividades dos quais estão encarregados.

funcionam no mesmo endereço, verificação que pode facilmente ser realizada³⁵⁰. Se uma medida adicional de precaução, mensurada a partir do tempo gasto pelo servidor público multiplicado pela sua remuneração, viesse a reduzir o sobrepreço em mais do que o recurso adicional em questão, a falha nessa verificação deverá ser considerada uma conduta culposa, uma violação de seu dever exigível de cuidado, implicando a culpa do agente no pagamento de sobrepreço pelo principal³⁵¹.

Embora as normas aplicáveis às licitações e contratações administrativas prevejam a obrigatoriedade da pesquisa de preços, elas não indicam a quem compete a sua realização. O pregoeiro e a comissão de licitação conduzem o certame apenas partir da publicação do edital ou da expedição do convite, mas a realização da pesquisa de preços deve instruir a licitação ainda na fase interna do procedimento. Caso não exista uma pesquisa de preços confiável, a considera-se juridicamente exigível que esses agentes públicos, no julgamento das propostas, suspendam a sessão e solicitem diligências, para evitar a ocorrência de sobrepreço (ou de preços inexecutáveis)³⁵².

Em última análise, o gestor público que homologa o processo licitatório deve por sua vez examinar se a verificação da conformidade de cada proposta com os preços praticados no mercado foi realizada, por exemplo, pela Comissão de Licitação³⁵³. Essa verificação só

³⁵⁰ BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 545/2008 – Primeira Câmara. Representação (Pedido de Reexame). TC 021.203/2003-0, Relator: Min. Marcos Vinicius Vilaça. Brasília, 4 de março de 2008. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 out. 2014.

³⁵¹ A imputação de responsabilidade ao agente público adota a premissa que o órgão de Controle Externo pode ter informações mais precisas sobre os preços de mercado à época da contratação do que o próprio agente público responsável. Quando não há parâmetros oficiais ou confiáveis de preços de referência, calculados à época e no mercado relevante da contratação, é difícil considerar que o auditor responsável pela instrução do processo terá meios de obter cotações mais precisas, mesmo que recorra a índices para atualizar monetariamente os valores obtidos em épocas distintas até a data da contratação. Nesses casos, todavia, é ainda possível verificar que o gestor público 1) simplesmente não realizou o controle da aceitabilidade dos preços unitários; ou 2) o realizou de modo displicente, utilizando medidas de precaução claramente inadequadas a adimplir sua obrigação. Quando o prejuízo ao erário não puder ser estimado de forma minimamente confiável, reitere-se, será o caso simplesmente de constatar a existência de “ato de gestão antieconômico”, punível com julgamento pela irregularidade de contas e com multa autônoma (art. 58, inciso III, da Lei 8.443/1992), mas não de imputação de dano. Haverá, apenas, responsabilidade financeira sancionatória, não reintegratória.

³⁵² PEREIRA JUNIOR, José Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações e contratações diretas*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 116, ago. 2011. p. 8. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=74450>. Acesso em: 20 abr. 2014.

³⁵³ “O fato de norma alguma lhes atribuir o encargo da pesquisa de preços não significa, porém, que o pregoeiro ou a comissão de licitação, a autoridade competente para a homologação do procedimento licitatório ou para a ratificação dos atos do processo da contratação direta, e a assessoria jurídica estão imunes de responder ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, caso tenham, comprovadamente, participado de pesquisa que se vem a demonstrar defeituosa. É que a imputação de responsabilidade pode decorrer da prática de atos administrativos que configurem infração a norma legal de natureza financeira ou operacional. [...] A aceitação de proposta com sobrepreço pelo pregoeiro ou comissão de licitação, seguida da homologação do

poderá ser considerada adequada se a pesquisa de preços tiver seguido metodologia confiável e adequada para os valores que estavam em jogo. Nesse caso, há uma verificação da conduta de cada agente público, averiguando-se a possibilidade de se perceber, naquele caso concreto, que a pesquisa de preços ou não havia sido realizada, ou fora realizada de forma nitidamente inconsistente.

Mesmo quando não houver fraude ou acordo colusivo entre os licitantes é possível³⁵⁴ que a proposta com o menor preço seja superior à medida adotada (média ou mediana) para representar o conjunto dos preços praticados pelo mercado. Cada certame é um evento, e o preço vencedor é uma variável que só poderá ser conhecida após a realização da licitação. É possível que outra forma de atuação culposa do agente público tenha constituído restrição à competitividade, como a realização de elevadas exigências ou a insuficiente divulgação do certame, resultando em um preço significativamente superior aos de mercado. Também nesse caso as medidas esperadas seriam a anulação do procedimento licitatório e do contrato administrativo resultante, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa, conforme os art. 49 e 59, da Lei 8.666/1993. De qualquer forma, mediante a adequada (eficiente) investigação dos preços praticados pelo mercado, o gestor vai ter indícios para se avaliar o quão a licitação envolveu a concorrência entre os diversos agentes econômicos, antes de celebrar o contrato.

Verifica-se que, no caso do agente público, considera-se que a imputação de responsabilidade financeira deve conter os requisitos tradicionais, podendo assim ser considerada uma modalidade subjetiva: i) há a violação de um interesse da coletividade em não realizar contratações a preços superiores aos de mercado, uma variação patrimonial negativa que não é causada por uma manifestação de vontade válida; ii) existe a conduta de um agente, que deixa de adotar medidas de cuidado razoáveis as quais estava obrigado; e iii) quando essa omissão faz com que a coletividade a quem ele responde adquira bens ou serviços os quais poderiam ter sido adquiridos em troca de uma quantidade inferior de recursos financeiros, há um nexo causal entre essa conduta e esse prejuízo. Considerando-se que o agente público violou seu dever de cuidado e causou uma contratação a preços

procedimento licitatório pela autoridade competente, os sujeita a responsabilidade, solidariamente com o agente que realizou a pesquisa de preços. O mesmo pode ocorrer com a autoridade superior competente pela ratificação dos atos do processo da contratação direta e o responsável pela pesquisa de preços” (PEREIRA JUNIOR, José Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações e contratações diretas*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 116, ago. 2011. p. 8. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=74450>. Acesso em: 20 abr. 2014).

³⁵⁴ Embora seja pouco provável, como se infere da jurisprudência sobre o assunto analisada no Capítulo III.

manifestamente superiores aos de mercado, seu ato de gestão é considerado ilegítimo e antieconômico, portanto irregular (art. 16, inc. III, da Lei 8.443/1992). Se é dever do administrador público contratar a preços de mercado, a despesa efetivada além desse limite deve ser reembolsada ao erário pelo agente responsável direto pela sua efetivação³⁵⁵.

Conforme analisado no Capítulo I, o julgamento de contas importa uma avaliação dos elementos subjetivos e objetivos da conduta do gestor (I.1.1): sua atuação será considerada ilegítima e antieconômica quando se constata que este agente público poderia ter adotado uma medida de precaução eficiente, e não o fez. É possível concluir, assim, que o foco da responsabilidade financeira, no caso de superfaturamento de preços em sentido estrito, é a conduta do agente público encarregado de realizar a contratação em nome do principal (coletividade). Embora utilize a linguagem e os conceitos da responsabilidade civil extracontratual, e não exista um contrato de trabalho entre o agente público e a coletividade, é possível caracterizar uma obrigação preexistente do agente em relação ao principal: a de definir o objeto da contratação de forma a melhor atender as necessidades coletivas, e especificar a quantidade de recursos monetários os quais a coletividade está disposta a empregar para atendê-las.

II.2.2.2 A indefinição no dever jurídico do particular contratado no caso de superfaturamento por preços excessivos

Ao passo que a legislação e a jurisprudência nos permitem apontar qual o dever jurídico de cuidado esperado dos gestores públicos, o dever jurídico do particular contratado permanece sem uma definição clara, o que compromete sua responsabilização nos casos de superfaturamento por preços excessivos em que não haja uma conduta dolosamente fraudulenta ou colusiva. Há tão-somente a tentativa de, a partir de princípios gerais de Direito Administrativo, imputar-se ao particular um dever genérico de praticar preços compatíveis com os de um determinado mercado tido como relevante, quando este contratar com a Administração Pública.

Vale lembrar que, embora as Leis de Diretrizes Orçamentárias recentes obrigassem a elaboração de orçamento estimado para as contratações realizadas com recursos federais de forma compatível com os sistemas oficiais referenciais de preços, a subsistência do comando

³⁵⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 200.

apenas em Decreto do Poder Executivo enfraquece o argumento segundo o qual se tratava de obrigatoriedade imposta tanto à entidade contratante quanto ao particular contratado³⁵⁶, o qual poderia ser sustentado quando o enunciado normativo constava em lei em sentido formal³⁵⁷. Destaque-se que o Decreto 7.983/2013 estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União³⁵⁸, o que permanece como competência exclusiva dos agentes públicos responsáveis pela especificação do preço de reserva o qual a Administração Pública estará disposta a pagar, não do licitante nem do contratado. O mesmo se aplica aos dispositivos legais que definem os procedimentos que necessariamente devem ser seguidos pelos administradores da coisa pública, não pelos particulares interessados em contratar com a Administração. Dessa forma, o conjunto de dispositivos a partir do qual se infere a necessidade de compatibilidade entre preços contratuais e preços de mercado estabelece um dever ao administrador, não ao particular, que não viola direito ao oferecer sua proposta.

Lembre-se que o ordenamento jurídico prevê a responsabilização de agente particular em caso de anulação da licitação, mas apenas quando esta lhe for imputável, cf. art. 59, parágrafo único, da LLC, e há distintos posicionamentos doutrinários quanto às consequências dessa responsabilização: i) como sanção por sua má-fé, o contratado não teria direito à indenização sequer pelo que tenha executado³⁵⁹, o que poderia configurar sanção

³⁵⁶ Contra, Amauri Saad destaca que “[...] ademais, sendo tais normas obrigatórias apenas aos agentes públicos ordenadores de despesas, acaso se verifique a realização de contrato em desconformidade com tais normas, tal contrato não será inválido em razão das limitações orçamentárias, sendo plenamente resguardados os direitos patrimoniais daquele que, confiando em licitação realizada nos estritos termos da legalidade, apresentou a proposta mais vantajosa e sagrou-se vencedor, sem ter dado causa a eventual ilegalidade. A questão, aqui, deve resolver-se com a responsabilização do agente público que deixou de observar o conteúdo da lei orçamentária anual (note-se que falamos em lei orçamentária anual, ao invés de na lei de diretrizes orçamentárias) e não com a extinção unilateral de vínculo regularmente formado” (SAAD, Amauri Feres. *Notas sobre o regime jurídico da precificação de obras públicas*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, mar. 2011. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72158>. Acesso em: 03 jun. 2014). Os argumentos também se aplicam, de forma análoga, às normas contidas em Decretos regulamentares.

³⁵⁷ Contra o caráter material da LDO, Ricardo Lobo Torres entende que “A lei de diretrizes orçamentárias tem, como o próprio orçamento anual, natureza formal. É simples orientação ou sinalização, de caráter anual, para a feitura do orçamento, devendo ser elaborada no primeiro semestre (art. 35, II, do Ato das Disposições Transitórias). Não cria direitos subjetivos para terceiros nem tem eficácia fora da relação entre os poderes do Estado” (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 5. p. 85-86).

³⁵⁸ BRASIL. Decreto 7.983, de 8 de abril de 2013. “Art. 1º Este Decreto estabelece regras e critérios a serem seguidos por órgãos e entidades da administração pública federal para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União. Parágrafo único. Este Decreto tem por finalidade padronizar a metodologia para elaboração do orçamento de referência e estabelecer parâmetros para o controle da aplicação dos recursos referidos no caput.”

³⁵⁹ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Dano ao erário em hipóteses de licitação ou contrato*. Revista de Direito Administrativo. v. 254. p. 27-38. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 30. No mesmo sentido: “Tratando-se de contratado que tenha agido com má-fé em conluio com o agente público, praticando o ato em

mais gravosa do que a simples imputação de débito pela diferença entre o preço contratualmente executado e o preço considerado como de mercado³⁶⁰; ii) o contratado continuaria tendo direito à indenização, incluídos custos incorridos e lucro cessantes, porém proporcionalmente reduzida em função da concorrência de culpas³⁶¹; iii) por ter agido de má-fé, o contratado deveria receber a restituição dos custos incorridos, apenas com exclusão de direito à parcela remuneratória, de modo a evitar enriquecimento da administração³⁶². Há o inconveniente, nesse caso, de identificarem-se os custos incorridos pelo contratado e o lucro, informações normalmente disponíveis nas composições de custos de obras e serviços de engenharia, mas não em contratos de fornecimento e de prestação de serviços. Frente à inviabilidade de obter estas informações sobre cada contrato administrativo, o TCU adota postura intermediária e entende como dano apenas a diferença entre o preço de mercado e o preço contratual tido como inválido, ou seja, o proveito alegadamente ilícito auferido pelo contratado. Ademais, também em uma postura pragmática, o Tribunal aplica o art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992 mas não procede à declaração formal de nulidade do contrato administrativo impugnado, nem entende necessário determinar ao administrador público competente que a realize, principalmente caso o contrato já tenha sido executado e seus efeitos financeiros tenham-se exaurido.

De outra sorte, se a nulidade não pode ser imputada ao contratado, este, segundo a Lei 8.666/1993, terá direito à indenização não apenas pelos custos em que houver incorrido até a data em que ela for declarada, mas também aos “outros prejuízos regularmente comprovados”, o que inclui os lucros que adviriam se o contrato fosse válido e integralmente

dissonância da lei e visando ao benefício próprio em detrimento do interesse público, terá ele a obrigação de restituir tudo o que recebeu em virtude do contrato” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 436).

³⁶⁰ Nesse sentido, ver-se o REsp 579541/SP: “Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado. 5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 579.541/SP. Primeira Turma. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04 jan. 2015).

³⁶¹ “Eventual defeito ético na conduta do particular não pode ser invocado para a cristalização de situação ainda mais reprovável, consistente em o Estado confiscar os seus bens. Cabe impor ao particular as sanções correspondentes à sua conduta, mas não está prevista entre as sanções por ilícitos dessa ordem, o confisco de bens” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 723).

³⁶² PEREIRA JUNIOR, José Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 675-676.

executado³⁶³⁻³⁶⁴. Como na hipótese em análise o contrato já foi integralmente executado, a quantia devida ao particular por indenização devido à anulação do contrato corresponderia à remuneração originalmente pactuada, de modo a manter os efeitos patrimoniais produzidos³⁶⁵.

Saliente-se, desse modo, que a imputação de débito pelo superfaturamento por preços excessivos como forma de responsabilização, em tese, poderia atingir efeitos patrimoniais análogos aos da anulação da licitação e do contrato administrativo por ilegalidade e antieconomicidade. Em ambos os casos, partir-se-ia da constatação da falha do agente público em cumprir as normas jurídicas que regulam a manifestação de vontade da administração, a qual infirmaria a presunção de que o acordo teria gerado valor para ambas as partes. Seria fundamental, entretanto, que esse dano fosse imputado ao contratado nas mesmas condições as quais ele deveria ser considerado como responsável pela nulidade: na adoção de conduta dolosa destinada a fraudar o procedimento licitatório.

Assim, uma vez que o dever de verificar a economicidade do contrato antes de sua celebração é do agente público, não do particular, a mera oferta de proposta licitatória não é fundamento hábil para se considerar que a nulidade de um contrato administrativo celebrado a preços manifestamente superiores aos de mercado seria imputável ao particular, nem para a decorrente responsabilização. Afinal, ao contrário do dever imposto ao agente público, cujo descumprimento o leva ao julgamento pela irregularidade de suas contas, não é possível afirmar que exista uma definição sobre um suposto dever do particular de não ofertar propostas com valores superiores a uma determinada medida representativa dos preços praticados em outras transações.

³⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 859.

³⁶⁴ Contra, Bruno Medina apresenta a tese de que o fato de o enunciado normativo ter utilizado a expressão “indenização” significaria que nem mesmo o contratado de boa-fé teria direito à remuneração, mas apenas aos custos incorridos. A posição, entretanto, contraria tanto o art. 37, § 6º, da Constituição (“As pessoas jurídicas de Direito Público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”), quanto o conceito de indenização trazido pelo art. 402 do Código Civil (“Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”). Ver: MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Dano ao erário em hipóteses de licitação ou contrato*. Revista de Direito Administrativo. v. 254. p. 27-38. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 30.

³⁶⁵ Note-se que se os efeitos integralmente fossem revertidos, o contratado em tese deveria restituir o valor pago e a Administração deveria restituir a prestação que lhe foi fornecida, e, não sendo isso possível, as partes deveriam ser recolocadas na situação na qual estariam se a irregularidade não houvesse sido praticada. Uma vez, entretanto, que o contratado teria direito à indenização pelo que houvesse executado até a data da declaração (os custos, o dano emergente) e por outros prejuízos regularmente comprovados (o lucro), supondo o contrato totalmente executado, haveria uma simples compensação entre o valor que ele deveria restituir com aquele que ele teria direito a receber a título de indenização, não ocorrendo nenhuma mudança patrimonial.

A seguir, examinam-se dois argumentos encontrados para fundamentar a responsabilização do particular contratado pela prática de superfaturamento de preços ainda que não seja demonstrada uma conduta de fraude à licitação: a desnecessidade de dolo para imputação de responsabilidade financeira (II.2.2.2.a) e a responsabilização em função do recebimento de benefício indevido (II.2.2.2.b). Uma vez que a jurisprudência de controle considera desnecessária a existência de dolo, analisa-se a possibilidade da responsabilização do particular por culpa em sentido estrito (II.2.2.2.c) e a presunção de culpa desse particular a partir da existência de sobrepreço em contrato administrativo (II.2.2.2.d).

II.2.2.2.a A alegada desnecessidade de dolo para imputação de responsabilidade financeira

Reitera-se que, conforme o artigo 16, § 2º, da Lei 8.443/1992, quando houver julgamento pela irregularidade das contas, o Tribunal de Contas da União fixará a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e “do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”.

A primeira e intuitiva interpretação do termo “concorrido” seria pela necessidade de acordo de vontades entre o agente público e o contratado, quanto à prática do sobrepreço em questão. Assim, o particular contratado teria que agir de forma a fraudar a licitação, de maneira dolosa, combinando lances com outros licitantes ou apresentando propostas falsas e praticando conduta claramente definida como ilícita, e nesse propósito unir-se ao agente público responsável pela contratação, de forma livre e consciente. A responsabilização também seria possível no caso de dolo do particular contratado em violar o caráter competitivo do certame, quando acompanhado da culpa em sentido estrito do agente público, negligente no combate à atuação ilícita do licitante.

Recorde-se também o disposto na Súmula 187 do TCU, segundo a qual se dispensa a TCE quando o prejuízo for causado por pessoa estranha e sem conluio com servidor que gerencie recursos públicos. Com base nessa súmula, seria possível entender que um agente particular que não tenha atuado de forma dolosa, de comum acordo com o agente público (“conluio”), não estaria sujeito à TCE, e a ele não seria imputado débito pela prática de sobrepreço. Bastaria não ser possível demonstrar que o contratado tenha agido de forma a prejudicar dolosamente o erário, em conjunto com o agente encarregado da contratação.

Assim, para a responsabilização do terceiro contratado ou interessado, haveria que se constatar, a partir das circunstâncias fáticas, a presença concomitante de dolo do terceiro e de culpa em sentido amplo do agente público³⁶⁶.

A Corte de Contas também já considerou essencial, para a caracterização da responsabilidade de terceiro, a demonstração de alguma forma de ajuste entre ele e o administrador público, com o intuito de se prejudicar o erário³⁶⁷. Mesmo que fosse impossível a obtenção de um documento com os termos de tal ajuste, a demonstração do acerto poderia ser respaldada em um conjunto de indícios, dentre os quais a contratação por valores superiores aos preços praticados pelo mercado, de uma mesma empresa (ou rodízio entre alguns poucos fornecedores), além do fracionamento da despesa sem justificativa (somente para utilização de modalidade convite, sujeita a menor divulgação)³⁶⁸.

Atualmente, esta não é contudo interpretação uniforme da Corte de Contas, que considera possível a responsabilização do terceiro contratado em sede de TCE ainda que não fique demonstrada fraude ao processo licitatório, ou conluio entre os licitantes. Modernamente, o dolo em auferir determinada vantagem é considerado apenas uma agravante de responsabilidade do agente público ou particular, visto que nos casos nos quais se possa inferir que o prejuízo ao erário foi fruto de prática voluntária de condutas antijurídicas pelo particular contratado, sua responsabilização envolverá a aplicação de sanções adicionais. Uma vez demonstrada a fraude ao processo licitatório, por exemplo, a responsabilização implicará não apenas a imputação de débito e a aplicação de multa proporcional, mas também a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública federal por até cinco anos, nos termos do artigo 46, da Lei 8.443/1992.

Além da declaração de inidoneidade, a atuação dolosa da empresa particular contratada autoriza também a própria desconsideração da personalidade jurídica. Afinal, nos

³⁶⁶ Nesse sentido, Benjamin Zymler destaca que “no que concerne, portanto, a esses agentes, exige-se mais do que a mera demonstração de culpa em sentido estrito, mas também a ocorrência de atos que revelem ajuste antijurídico, que vise à obtenção de vantagem indevida, com participação de ente público. Deve-se esclarecer, contudo, que a identificação desse agente volitivo, na maioria das vezes, resulta da verificação de ocorrências que permitem presumir o referido conluio: pagamento por serviços não executados e recebimento de obra ou de bens em montante claramente inferior ao que fora pactuado” (ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.210). Note-se, todavia, que os indícios apresentados para presumir o referido são de índole notadamente contratual, de superfaturamento de quantidades, que não se aplicam à hipótese objeto do estudo. Como será a seguir examinado, a diferença manifesta entre os preços contratuais e os preços de mercado representam um indicio de ajuste antijurídico, não o dano em si.

³⁶⁷ CHAVES, F. E. C. *Controle Externo da Gestão Pública: a fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas – teoria e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 69.

³⁶⁸ CHAVES, F. E. C. *Controle Externo da Gestão Pública: a fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas – teoria e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 69.

termos do art. 50 do Código Civil, a personalidade jurídica estaria sendo utilizada de “forma abusiva”, com desvio de finalidade, pois o intuito original seria possibilitar a eficiente distribuição dos riscos de mercado entre empresários e seus credores, não proteger o patrimônio dos sócios nos casos em que fosse instrumento de obtenção de vantagem ilícita. Assim, caso uma pessoa jurídica seja utilizada para fraudar uma licitação, de forma dolosa, o Tribunal pode considerar ineficaz a proteção societária, e imputar o débito aos sócios, conforme o Voto condutor do Acórdão TCU 1.092/2010 – Plenário³⁶⁹. O débito pode ser imputado não somente aos sócios de direito, mas também a eventuais sócios de fato, nos termos do Voto condutor do Acórdão TCU 1.891/2010 – Plenário³⁷⁰.

Por fim, uma vez detectados indícios de dolo do agente particular em praticar, por exemplo, fraude ao processo licitatório, além da responsabilização financeira, os autos serão encaminhados ao Ministério Público Federal, para que se investigue a prática dos crimes contra a licitação pública previstos nos artigos 90 a 96, da Lei 8.666/1993. Conclui-se assim que, para a imputação de débito ao agente particular contratado, em regra não é exigível uma demonstração de dolo, que constitui apenas um agravante³⁷¹.

³⁶⁹ “15. Cabível, ainda, a desconsideração da personalidade jurídica das empresas condenadas em débito e a responsabilização solidária dos respectivos sócios. Restou fartamente evidenciado neste processo que as empresas [omissis] atuaram em conluio para fraudar a licitação e atestar de forma fraudulenta serviços que não foram executados. 16. Quando a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, pode-se, neste caso específico, desconsiderar a personalidade jurídica para responsabilizar os sócios ou administradores da empresa que agiram com excesso de mandato. Com o advento da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a teoria da desconsideração da personalidade jurídica passou a ser aplicada, com maior amplitude, nas relações jurídicas em geral, no combate ao abuso de direito, justificando-se sua aplicação, em caráter excepcional, na hipótese de ocorrência de prejuízo à Administração Pública somada à presença do abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou do contrato social ou, ainda, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. 17. A jurisprudência do Tribunal é uniforme no sentido da adoção da mencionada teoria para alcançar administradores ou sócios de entidades privadas, reais responsáveis por ilícitos geradores de prejuízo ao erário, quando tal atuação ilícita fica demonstrada, objetivando resguardar o interesse público com o ressarcimento ao erário [...]. 18. No presente caso, as condutas dolosas dos sócios das empresas [omissis], com violação da lei, causando prejuízos aos cofres públicos, justificam o alcance de seus patrimônios para ressarcimento do erário, mediante a adoção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.092/2010 – Plenário. TC 003.351/2004-2. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Brasília, 19 de maio de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 14 nov. 2014).

³⁷⁰ Segundo o qual “os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica não se impõem apenas aos sócios de direito da empresa; alcançam, também, eventuais sócios ocultos” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.891/2010 – Plenário. TC 013.685/2009-1. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Walton Rodrigues. Brasília, 4 de agosto de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2014).

³⁷¹ Consoante proposta de deliberação condutora do Acórdão TCU 1.952/2011 – 2ª Câmara, “No que se refere à preliminar de legitimidade processual, os responsáveis alegaram que haveria ilegitimidade passiva: ‘haja vista que os mesmos se tratam de clientes beneficiários e não de pessoas ligadas diretamente à Administração Pública federal, ou seja, somente podem ser responsabilizados por eventuais danos contra a Administração Pública federal caso seja comprovada processualmente a má-fé e o dolo dos mesmos, o que não é o caso dos autos’. Registro, de plano, que a má-fé e o dolo podem configurar agravantes em relação à apuração da responsabilidade por eventual dano causado aos cofres públicos, motivo por que esses elementos subjetivos

A interpretação tradicional da Súmula 187, assim, não envolve a necessidade da concorrência de vontades entre administrador e particular na prática do superfaturamento, mas apenas que se deve exigir uma participação de um agente público a qualquer título, e que essa participação seja pelo menos culposa. Nesse sentido, o particular poderá ser responsabilizado em sede de Controle Externo quando houver – pelo menos – uma violação de dever de cuidado por parte do agente público³⁷²⁻³⁷³, a qual constituirá condição necessária da responsabilização do particular³⁷⁴. Juridicamente, parece evidente que apenas a falha da conduta do agente público não poderá configurar fundamento de imputação de responsabilidade ao terceiro contratado, de sorte que é necessário avaliar os elementos subjetivos e objetivos da conduta tanto do agente público (Cf. Capítulo I.1.1) quanto do terceiro contratado.

devem ser sopesados na dosimetria de eventual multa a ser aplicada por esta Corte de Contas. Não se impõe, todavia, a necessidade de conduta dolosa de agente, público ou privado, envolvido na malversação da aplicação de recursos públicos federais para emergir sua obrigação de reparar o dano causado” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.952/2011 – 2ª Câmara. TC 024.232/2008-6. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. André Luís de Carvalho. Brasília, 29 de março de 2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 21 dez. 2014).

³⁷² É possível também que o particular, por força da assinatura de convênio, venha a receber recursos e comprometa-se a prestar contas de sua utilização. Nesses casos, afigura-se a competência do órgão de Controle Externo. Cf. CUNHA, Bruno Santos; CARVALHO, Thiago Mesquita Teles de. *Súmulas do TCU organizadas por assunto, anotadas e comentadas*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 215.

³⁷³ A afirmativa refere-se à jurisprudência tradicional da Corte de Contas. O já examinado Acórdão 946/2013 – Plenário, por sua vez, distancia-se ainda mais da interpretação segundo a qual seria necessário um ajuste ilícito de vontades entre gestor público e contratado estando ambos com a finalidade de prejudicar o erário, ao sinalizar que qualquer agente particular que tenha “dado causa” a um dano, responderá por ele, independentemente de ter atuado em conjunto com o agente público.

³⁷⁴ Consoante disposto no Voto condutor do Acórdão 149/2001 – Plenário: “Assim, o dano ao erário, por si só, não é causa para instauração de TCE. Temos sustentado em outros feitos [...] que, quando o particular causa dano ao erário sem que para isso concorra pelo menos um agente público, não há que se falar em instauração de tomada de contas especial. Ou seja, não é qualquer dano ao erário causado por terceiro desvinculado da Administração e sem o dever legal de prestar contas que se submete à jurisdição do TCU. Esse terceiro estará sob a jurisdição do Tribunal se houver contribuído para o dano em conjunto com um daqueles que têm o dever de prestar contas. Não é possível ao Tribunal condenar individualmente o terceiro desvinculado da Administração quando não há participação – culposa, pelo menos – do gestor público. Nesse caso, cabe à Administração tão-somente adotar os procedimentos necessários, inclusive acionando os órgãos judiciais competentes, visando à indenização pelos danos sofridos” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 149/2001 – Plenário. Tomada de Contas Simplificada. TC 006.575/1999-4. Relator: Min. José Antônio Barreto de Macedo. Brasília, 20 de junho de 2001. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 23 dez. 2014).

II.2.2.2.b A responsabilidade financeira com base no simples recebimento de valores indevidos

Segundo outro possível argumento, o simples fato de ter sido beneficiado com a má aplicação de recursos públicos poderia colocar o particular na situação de corresponsável³⁷⁵. Intentando regulamentar o art. 16, da Lei 8.443/1992, o art. 209, §§ 5º e 6º, da Resolução TCU 246/2011 (Regimento Interno do TCU), estabelece que a responsabilidade do terceiro contratado que “de qualquer modo tenha concorrido” para a prática do dano apurado derivará do recebimento do benefício indevido ou pagamento superfaturado³⁷⁶, repetindo parcialmente o dispositivo legal, porém acrescentando a responsabilidade por “benefício”.

Dispositivo semelhante é encontrado no artigo 3ª da Lei de Improbidade Administrativa³⁷⁷. Entretanto, dada a natureza repressiva³⁷⁸ do instituto (distinta da natureza reparatória da responsabilidade civil e da responsabilidade financeira reintegratória³⁷⁹), considera-se, segundo Acórdão paradigmático do STJ, “até mesmo quanto às condutas descritas no artigo 10 da LIA, necessária a configuração não da culpa em sentido estrito, mas de culpa grave e consciente, para que se considere ímproba a atuação”³⁸⁰. Assim, mesmo que permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado (art. 10, inc. V, da Lei 8.942/1992) possa ser considerado ato de improbidade

³⁷⁵ CHAVES, F. E. C. *Controle Externo da Gestão Pública: a fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas – teoria e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 69.

³⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução 246, de 30 de novembro de 2011. Art. 209. O Tribunal julgará as contas irregulares quando evidenciada qualquer das seguintes ocorrências: [...] § 5º Nas hipóteses dos incisos II, III e IV, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária: I – do agente público que praticou o ato irregular; e II – do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. § 6º A responsabilidade do terceiro de que trata o inciso II do parágrafo anterior derivará: I - do cometimento de irregularidade que não se limite ao simples descumprimento de obrigações contratuais ou ao não pagamento de títulos de crédito ou; II - da irregularidade no recebimento de benefício indevido ou pagamento superfaturado.

³⁷⁷ BRASIL. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

³⁷⁸ “No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas [...]” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 844).

³⁷⁹ A responsabilidade civil, de natureza predominantemente reparatória, não se preocupa com a gradação entre os conceitos de culpa grave, leve, ou levíssima, e sim com a extensão do dano, a não ser em casos em que houver manifesta desproporção entre este e a gravidade da culpa (art. 944, *caput* e parágrafo único, do Código Civil). De forma análoga, a proporcionalidade à gravidade da culpa é encontrada, na responsabilidade financeira sancionatória, nos termos do art. 57 (que prevê a multa proporcional de até 100% do valor do débito) e art. 58, § 3º (que prevê a graduação da multa autônoma em função da gravidade da infração), mas não da responsabilidade financeira reintegratória.

³⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 827.445/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF. Brasília, 2 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 dez. 2014.

lesivo ao erário, a inexistência de dolo do terceiro possui a força de retirá-lo do polo passivo da ação de improbidade³⁸¹. O terceiro, quando beneficiário direto ou indireto do ato de improbidade, só pode ser responsabilizado por ação dolosa, ou seja, quando tiver ciência da origem ilícita da vantagem, pois comportamento culposos³⁸² ou sem culpa nenhuma não é compatível com a percepção de vantagem indevida³⁸³.

Assim, no regime jurídico da Lei 8.429/1992, para que o terceiro seja responsabilizado por atos de improbidade, é necessário que ele: 1) induza o agente público a praticar o ato ímprobo, ou que ocorra o concurso para a sua ocorrência, ou que se beneficie do ato ainda que indiretamente; e 2) que atue, imbuído de má-fé, juntamente com o agente público, em coautoria ou participação³⁸⁴. Não há, em uma instituição de cunho punitivo como a ação de improbidade administrativa, a responsabilização objetiva, e o terceiro, mesmo beneficiado, não pode ser punido se agiu com razoável diligência, comum aos homens médios, e sem perceber a ilicitude do ato gerador de seus benefícios³⁸⁵.

Entretanto, nos termos do Regimento Interno do TCU, para a responsabilização por “superfaturamento por preços excessivos”, bastaria que esse terceiro contratado tenha

³⁸¹ “Portanto, para que o terceiro figure no polo passivo da ação de improbidade administrativa, deverá estar, invencivelmente caracterizada uma relação de promiscuidade com o agente público, caracterizada pelo dolo com a obtenção de um resultado combatido pelo direito. [...] Destarte, o particular que agir com lealdade e boa-fé, isento de dolo, retira a tipicidade da Lei de Improbidade, não devendo figurar no polo passivo da lide em razão de estar configurada a probidade, que é antítese da improbidade” (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administradores dentro da Lei 8.429/92*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 48 e 54).

³⁸² “Dizer que a improbidade qualificada por prejuízos ao erário comporta dolo ou culpa poderia significar a repetição da literalidade da lei. No entanto, adiantamos que a culpa exigível é de natureza grave, como já assentado no tocante à teoria da improbidade. Vale sublinhar ainda que a ineficiência que pode resultar na improbidade requer níveis mais elevados e carentes de intensa reprovação” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 426).

³⁸³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 947. No mesmo sentido, Fábio Medina Osório destaca que “O legislador contemplou a perspectiva de responsabilizar aquele que, mesmo não sendo agente público, “induz a ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (art. 3.º, Lei 8.429/92). Parece-me relevante sublinhar que o terceiro que concorre ao ato de improbidade também deverá estar atuando dolosamente, em se tratando de atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9.º, Lei 8.429/92) ou atentam contra os princípios da administração pública (art. 11, Lei 8.429/92), sob pena de ser enquadrado em comportamento que causou lesão material ao erário - caso houver -, então sob a modalidade de conduta culposa, aceitando-se, pois, que haja desvios subjetivos do agente. Os beneficiários dos efeitos da improbidade também devem ter o elemento subjetivo de suas condutas devidamente investigado.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Observações acerca dos sujeitos do ato de improbidade administrativa*. Revista dos Tribunais. v. 750. p. 69. Abr/1998. Disponível em: <revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 9 fev.2015).

³⁸⁴ RODRIGUES, Inajara Gravina Kunzler. *Sujeito ativo da improbidade administrativa: a responsabilização do terceiro (extraneus) por atos ímprobos*. Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=62504>. Acesso em: 9 fev. 2015.

³⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 827.445/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF. Julgamento 02.02.2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 dez. 2014.

auferido benefícios a partir da falha na conduta do agente público responsável, o que se afiguraria um problema sério em um mecanismo de responsabilização que não exige dolo ou culpa grave, contentando-se com a falta de diligência média que um agente público normal deveria observar em sua conduta. Segundo essa abordagem, não seria necessário nem mesmo demonstrar que esse terceiro tinha ciência da conduta irregular do agente público³⁸⁶ faltoso, menos ainda que teria agido com dolo de prejudicar o erário. Deixa de existir a definição de um padrão de conduta a ser observado pelo agente particular contratado, o que dificulta caracterizar a responsabilidade em caso de superfaturamento por preços excessivos em sentido estrito como subjetiva. Não faz sentido, entretanto, entender que a responsabilidade do agente público é subjetiva, e avaliar a responsabilidade do particular contratado de forma objetiva, de modo mais gravoso.

II.2.2.2.c As possíveis condutas do particular no superfaturamento por preços excessivos

A conduta do particular contratado no superfaturamento por preços excessivos na origem do contrato envolve três possibilidades: i) o particular tinha intenção de receber preços superiores aos de mercado e praticou fraude ao procedimento licitatório para consegui-los; 2) o particular tinha intenção de receber preços superiores à média dos valores normalmente praticados em um mercado relevante, e ofereceu proposta com valores que sabia manifestamente incompatíveis com esta média, mas não agiu em conluio com outros licitantes nem com o agente público; e 3) o particular não tinha intenção de praticar preços excepcionalmente elevados, mas apresentou sua proposta sem verificar a compatibilidade dos preços nela contida com os de mercado.

A primeira refere-se à já mencionada ocorrência de uma conduta dolosa de um ou mais particulares de fraudar o processo licitatório. Somente nesse caso, poderá se falar propriamente em “participação pelo menos culposa do gestor público”, pois esta poderá ser dolosa (em caso de fraude e direcionamento do processo licitatório) ou apenas culposa em sentido estrito (em caso de acordo antijurídico entre os licitantes que não envolva o gestor público, embora este negligencie seu dever de verificar a compatibilidade das propostas com preços praticados pelo mercado e de examinar outros possíveis indícios de conduta colusiva

³⁸⁶ ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União Anotada – Normativos Correlatos*. Belo Horizonte, Forum, 2006. p. 39.

dos licitantes). A conduta ainda se enquadra como infração penal, tipificada no artigo 90 da Lei 8.666/1993³⁸⁷.

Nesse caso, a responsabilização parte de condutas claramente definidas como ilícitas pelo ordenamento jurídico, tendo em vista serem lesivas à justiça procedimental da contratação. A responsabilidade reintegratória, logo, será justificável como forma de evitar que o agente retenha a vantagem auferida com sua conduta claramente reprovável, e, como a simples restituição ao estado anterior provavelmente não representaria desestímulo suficiente (pelo fato de que nem todos os casos seriam apanhados), revelar-se-ia necessária a aplicação de outras sanções, em sede de controle externo (aplicação da multa proporcional e da vedação a contratar com o poder público) e na esfera jurisdicional (v.g. responsabilização por improbidade administrativa, por crime contra a Administração Pública e por abuso de poder econômico).

Se somente a realização de fraude ao procedimento licitatório for considerada ilícita, note-se que a responsabilização será incompatível com uma modalidade culposa em sentido estrito. Esta a conduta dolosa é aquela que deve ser combatida pela atividade de controle³⁸⁸, pois busca de má-fé prejudicar a formação da vontade do ente público e a realização de transações as quais não se pode afirmar que deixem ambas às partes em melhor situação, cujos efeitos não devem ser reconhecidos pela ordem jurídica.

A segunda possibilidade, na qual se buscaria avaliar não a justiça procedimental mas sim a justiça substancial da contratação³⁸⁹, seria considerar que a apresentação de proposta com valores superiores aos de mercado já demonstraria a vontade livre e consciente de recebê-los, e nesse sentido já seria uma conduta reprovável por ser o início de um fato que se

³⁸⁷ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993: “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

³⁸⁸ Nessa seara, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que “Se uma licitação é corretamente efetuada, com a divulgação imposta pela lei, e se desenvolve em obediência aos tramites normativos pertinentes, resulta claro que os preços com que afinal se defronta são os únicos que pode obter. Então, se for eleito o menor deles, isto é, o que apresente mais vantagens para a promotora do certame, evidentemente a licitação não será viciada em razão do preço acolhido, salvo se (...) tiver havido conluio entre agentes da entidade que a promoveu e os afluentes ao certame ou, ainda, se os próprios ofertantes houverem se concertado para engendrar propostas artificialmente elevadas. Em tal caso, se a Administração, mediante procedimento regular, respeitoso do devido processo legal, apurar ocorrência do gênero, aí sim configurar-se-á um caso de invalidação do certame e necessária responsabilização dos envolvidos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 118).

³⁸⁹ Buscando alcança-la mediante a imputação, ao contratado que teria sido beneficiado, da obrigação de indenizar o contratado que teria sido indevidamente prejudicado, sob a premissa, saliente-se, de que a diferença entre o preço contratado e o referencial de mercado constituiria um prejuízo mesmo tendo sido fruto de um acordo de vontades entre os apontados como lesionante e lesionado.

entende como lesivo. A concepção não pode ser aceita, pois o “dolo” em questão é absorvido na própria voluntariedade da conduta, e a finalidade à qual a vontade livre e consciente em questão se destina seria simplesmente aquela inerente a um agente econômico racional em qualquer situação, a de praticar o maior preço que lhe permita não ser derrotado na concorrência com os demais fornecedores e que o comprador esteja disposto a pagar³⁹⁰. Não há o que se falar, dessa forma, em exigibilidade de conduta diversa.

O contrato administrativo é celebrado pela Administração para o atendimento das necessidades públicas, mas o contratado objetiva auferir lucro através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômico-financeiras³⁹¹. O preço ofertado espelha a remuneração pretendida pelo contratante para a execução da necessidade pública licitada, dentro das qual se incluem os custos, os riscos mensuráveis e o lucro que o particular espera auferir. Reflete o limite de competitividade da capacidade empresarial do licitante, o equilíbrio entre os riscos que ele estava disposto a assumir e a rentabilidade que ele espera auferir. Dessa forma, impõe-se a conclusão de que o particular é livre para propor os valores que entender convenientes, sujeito aos critérios de aceitabilidade de preços unitário e global, os quais, conforme examinados, necessariamente devem ser traçados pelo agente público. Caso oferte valores superiores aos da concorrência, o licitante assume os riscos de ter sua proposta desclassificada ou derrotada.

Se a mera prática de preços superiores aos de mercado fosse considerada contrária ao Direito, ademais, o dolo no caso somente poderia ser afastado pelo defendente caso este alegasse ter cometido uma “imprudência” na hora de elaborar sua proposta. Afinal, se o dolo é caracterizado pela consciência de que o procedimento poderia ser lesivo³⁹², o licitante somente poderia afastá-lo alegando que não sabia que o preço por ele ofertado era significativamente superior ao de mercado.

Normalmente, assume-se que o licitante sabe se sua oferta é compatível ou incompatível com o preço das demais transações³⁹³. A possibilidade contrária pode parecer

³⁹⁰ “Tanto a licitação quanto o contrato administrativo suscitam vínculos constituídos voluntariamente, ou seja, não imperativos em sua formação. O Poder Público e suas entidades auxiliares, ao recorrerem a tais procedimentos, sujeitam-se, então às leis do mercado, de modo que não podem obrigar os ofertantes a sustentarem os preços anteriores ou quaisquer outros que a promotora do certame considere desejáveis” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 118).

³⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 267

³⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 92.

³⁹³ Cite-se, novamente, o Acórdão 1.755/2004 – plenário, segundo o qual “Ao elaborar a proposta para executar determinada obra ou serviço, o licitante tem ciência de qual o preço médio de mercado e, ponderando todas as

bastante improvável perante a presunção de que o participante de um mercado, em tese, conhece seus concorrentes, e à faculdade de utilização, para os casos de insumos de obras e serviços de engenharia, dos sistemas oficiais referenciais de preço pelo contratado na elaboração de sua proposta. A perplexidade é relativizada, porém, frente a: i) as dificuldades na definição do mercado relevante; ii) a possibilidade de que o terceiro venha a participar de uma licitação em um mercado no qual anteriormente não estivesse incluído; iii) a variabilidade de resultados obtida a cada vez que se procede ao cálculo de uma medida representativa dos preços praticados pelo mercado em questão; e iv) os questionamentos relativos à efetiva representatividade dos sistemas oficiais referenciais quanto aos preços praticados nos diferentes mercados.

Dessa forma, caso se admita para fins de argumentação que a prática de preços superiores aos de mercado fosse em si uma conduta reprovável, a conduta a ser avaliada não seria “apresentar proposta com preços superiores aos de mercado”, mas sim “apresentar proposta em licitação”, quando se examinaria se o licitante teria violado algum dever de cuidado teoricamente esperado de um agente econômico prudente. A noção de que o dolo seja considerado apenas um agravante para a responsabilização financeira do particular contratado³⁹⁴ supõe ser possível uma forma de superfaturamento por preços excessivos decorrente de culpa em sentido estrito, na qual o dano resulte da violação de um dever de cuidado, de uma imprudência, sem que o agente tivesse a vontade de realizá-lo³⁹⁵. Sob tais premissas, a apresentação da proposta com valores relativamente elevados seria considerada uma forma de “concorrer para a prática de ato irregular”, constituindo a terceira possibilidade anteriormente mencionada³⁹⁶.

variáveis econômicas e a sua condição individual, oferece um preço que, estando abaixo do preço médio de mercado, espelhado no orçamento-base, traduz um desconto percentual sobre o preço orçado” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.755/2004 – Plenário. TC 005.528/2003-6. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 23 de novembro de 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 Ago 2014).

³⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.952/2011 – 2ª Câmara. TC 024.232/2008-6. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. André Luís de Carvalho. Data da Sessão 29 mar. 2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 21 dez. 2014.

³⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Roberto. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 168.

³⁹⁶ Saliente-se que o particular seria de toda forma responsabilizado tanto na hipótese de dolo, quanto na hipótese de imprudência, como ocorre na responsabilidade civil de forma geral. Apenas não haveria a declaração de inidoneidade para licitar com a Administração nem a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica, aplicáveis apenas a fraudes dolosas ao processo licitatório. Em sede de responsabilidade civil extracontratual, destaca-se que “Para alguns, não há utilidade prática na distinção entre dolo e culpa, porquanto, pelo nosso Direito vigente, o agente responde igualmente pelas consequências da sua conduta, sem se indagar se o resultado danoso entrou nas cogitações do infrator, ou se a violação foi especialmente querida. Sustenta-se que a função da reparação é exclusivamente reparadora dos danos sofridos pelo lesado, não de punição ou sanção

Entretanto, entender que o licitante “teria que agir prudentemente” ao realizar sua proposta seria obrigá-lo a conhecer não apenas o próprio preço de reserva (o qual, no caso de um fornecedor, corresponde a quantia mínima pela qual ele está disposto a fornecer o bem objeto da transação), mas também uma medida que represente de modo adequado os preços praticados pelos diversos concorrentes. A interpretação, além de reputar a prática de sobrepreço como a realização de um dano, envolveria considerar tal verificação como padrão de conduta socialmente esperado de um agente econômico prudente.

Para essa perspectiva, este agente estaria exercendo um múnus público quando contrata com a Administração e portanto deveria: i) envidar esforços para conhecer os preços de mercado (um conjunto de um número indeterminado transações sob algum critério mais ou menos similares); ii) realizar seu lance não como um agente racional disposto a maximizar seu retorno, equilibrando a possibilidade de elevar seus retornos com o risco de ser derrotado no certame, mas sim se atendo à média ou à mediana dos preços praticados nas transações anteriormente mencionadas. Novamente, frente à inexigibilidade de conduta diversa, também não é possível se afirmar que a realização de proposta sem se preocupar com os preços normalmente praticados seja uma violação de dever preexistente ou um erro de conduta. Não configura, assim, “concorrer” para o alegado dano³⁹⁷.

II.2.2.2.d A presunção de culpa no superfaturamento por preços excessivos

A atividade de Controle Externo não aborda a possibilidade de culpa em sentido estrito quando da imputação de responsabilidade financeira em superfaturamento por preços excessivos. No julgamento de contas, faz-se uma avaliação dos elementos objetivos e subjetivos do agente público e analisa-se a possível violação de dever de cuidado na formação

da conduta como na responsabilidade penal, onde o grau de culpa do agente exerce influência capital na graduação da pena” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 30).

³⁹⁷ “Atender ao disposto em um ato unilateral ou travar um contrato firmado segundo condições unilateralmente decididas pela Administração não é concorrer para o vício residente naquelas condições a que aderiu e podia aderir, porque, como dito: (a) o exame da legalidade de tais condições fora feito pelo órgão competente da própria Administração, isto é, por aquele a quem, de direito, incumbia, como dever de ofício, analisa-las sob o prisma administrativo; (b) o indiscutível princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos levava e devia levar o administrado a pressupor legítimas as regras editalícia que governavam o certame e regeriam o posterior contrato nelas previsto” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 113). No caso em análise, a condição unilateralmente decidida pela Administração é a formação de seu preço de reserva, mediante a fixação de critérios de aceitabilidade de preços global e unitários, realizada pelo agente público responsável pela definição das preferências organizacionais do Poder público.

das preferências organizacionais da Administração, mas, não sendo possível definir um dever de cuidado ao particular contratado, sua responsabilidade é imputada a partir de uma presunção.

A conclusão é alcançada a partir de alguns julgados do Tribunal de Contas da União que mencionam a existência de presunção de culpa do particular contratado, a exemplo do Acórdão 2.006/2006 – Plenário. Segundo a decisão, não se cogita a possibilidade de responsabilização subjetiva em sede de Corte de Contas, mas que a apuração de responsabilidade dos agentes privados é ligeiramente distinta da referente aos agentes públicos³⁹⁸, pois quem contrata com a Administração passaria a se submeter a princípios e regras de Direito Público, e o pagamento valores superiores aos de mercado por serviços, obras ou produtos ensejaria a presunção de culpa contra os particulares contratados, que poderia ser afastada pela demonstração de caso fortuito e força maior, mas que em regra estaria configurada a “participação da empresa na consumação do prejuízo apurado”³⁹⁹.

³⁹⁸ Reputa-se relevante a transcrição do seguinte trecho do Acórdão: “Não se cogita, atualmente, da possibilidade de apenação por esta Corte, sem que se vislumbre a existência de culpa do responsável. A responsabilidade dos agentes que gerem recursos públicos apurada pelo TCU é subjetiva. Quanto aos gestores públicos, devem estar presentes os seguintes elementos, para que se possa apená-los: a) ação comissiva ou omissiva e antijurídica; b) existência de dano ou infração a norma legal, regulamentar ou contratual (irregularidade); c) nexo de causalidade entre a ação e a ilicitude verificada; e d) dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente. Com intuito de extrair dos atos examinados as consequências de natureza civil ou administrativa, ponderarei o elemento subjetivo da conduta do responsável. Ao desempenhar essa tarefa, levarei em consideração o referencial do ‘administrador médio’ e às condições concretas que circundavam a realidade por ele vivenciada (razoabilidade da conduta). A apuração da responsabilidade dos agentes privados relacionados demanda abordagem ligeiramente distinta. Decorre ela do que prescreve o comando contido na alínea ‘b’ do 2º do art. 16 da Lei nº 8.443/1992. Tal comando estipula que o TCU ao julgar irregulares as contas de agentes públicos, fixará a responsabilidade solidária desses agentes e ‘b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado’” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.006/2006 – Plenário. TC 009.627/2000-8. Tomada de Contas Especial. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 1º de novembro de 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 02 jan. 2015). No mesmo sentido, os Acórdãos 329/2011 – 1ª Câmara (Relator: Min. José Múcio Monteiro, Brasília, 25 de janeiro de 2011) e 952/2013 – Plenário (Relator: Min. José Jorge, Brasília, 17 de abril de 2013).

³⁹⁹ “Os licitantes que contratam com a Administração passam a se submeter a princípios e regras do Direito Administrativo, onde se opera a supremacia do interesse público em relação ao interesse privado. Nesse sentido, o pagamento de serviços obras ou produtos por preços superiores aos de mercado instaura a presunção de culpa contra esses agentes privados. Tal presunção poderia ser afastada por meio da demonstração, por exemplo, de caso fortuito ou de força maior. Em regra, porém, a verificação de superfaturamento configura a participação da empresa na consumação do prejuízo apurado. Destaco, a propósito, que a jurisprudência recente do TCU é farta em casos onde se condiciona a continuidade da execução de contratos à adequação dos preços acordados a valores aceitáveis. Veja-se, a propósito, que, caso não reputasse válida a instauração da presunção de culpa, em face desses excessos de preços, a reparação de prejuízos para os quais tenham concorrido agentes privados teria efetividade extremamente reduzida. Especialmente porque a lógica fundamental inerente à atividade empresarial é da maximização dos lucros” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.006/2006 – Plenário. TC 009.627/2000-8. Tomada de Contas Especial. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 1º de novembro de 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 02 jan. 2015).

Registre-se que a presunção de culpa foi uma das etapas na transição entre os sistemas de responsabilidade subjetiva tradicional, que exigia a prova dessa culpa pelo autor do processo, e o sistema de responsabilidade objetiva. Assim, para livrar-se da presunção, o causador da lesão patrimonial passa a ter que produzir a prova de inexistência de culpa, ou de caso fortuito⁴⁰⁰.

Cabe salientar também que, em sede de responsabilidade financeira, compete ao gestor público demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, conforme interpretação pacífica na Corte de Contas. Afinal, o gestor público é que possui a obrigação de prestar contas, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal. Ademais, o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 preceitua que “Quem quer que utilize dinheiros públicos terá que justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”. Na mesma linha o Decreto 93.872/1986, em relação ao gestor público e ao particular equiparado a gestor público, disciplina que quem quer que receba recursos da União deverá comprovar seu bom e regular emprego, bem como os resultados alcançados⁴⁰¹.

A presunção de culpa em responsabilidade financeira, dessa forma, é normalmente aplicável ao gestor público, na ocorrência de algum caso de desvio, desfalque, ou quando este simplesmente não conseguir demonstrar no que eles teriam sido aplicados, violando sua obrigação de prestar contas⁴⁰². Ela não é aplicável ao particular pois este, ainda que tenha sido contratado para realizar determinada prestação, não está sujeito à obrigação de prestar contas pela gestão de recursos públicos. Na hipótese de o agente público não se desincumbir do ônus de prestar contas de sua atuação, isso não deverá repercutir automaticamente na responsabilização do contratado.

⁴⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 448-449.

⁴⁰¹ BRASIL. Decreto 93.872, de 23 de dezembro de 1986. “Art. 39. Responderão pelos prejuízos que acarretarem à Fazenda Nacional, o ordenador de despesas e o agente responsável pelo recebimento e verificação, guarda ou aplicação de dinheiros, valores e outros bens públicos. [...] Art. 66. Quem quer que receba recursos da União ou das entidades a ela vinculadas, direta ou indiretamente, inclusive mediante acordo, ajuste ou convênio, para realizar pesquisas, desenvolver projetos, estudos, campanhas e obras sociais ou para qualquer outro fim, deverá comprovar seu bom e regular emprego, bem como os resultados alcançados.”

⁴⁰² Contra, Guilherme Luna entende que os dispositivos legais e regulamentares citados impõem ao administrador fiscalizado apenas o ônus de motivar, pois entendimento contrário demandaria exigir dos administradores a produção de prova negativa difícil de produzir, e qualquer ato ou contrato devidamente motivado se presumiria legítimo (LUNA, Guilherme Ferreira Gomes de. *Controle de preços nos contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 66). O dever de motivar os próprios atos, porém, é inerente a todo e qualquer agente público, não somente aquele que use, guarde, gerencie e administre os recursos financeiros da coletividade, nos termos do art. 70, parágrafo único, da CF/1988. No momento em que se busca apurar a responsabilidade financeira em sede de controle externo, a presunção de legitimidade já foi desafiada pela presença de indícios de ato ilegal, ilegítimo e antieconômico.

Nesse caso, entretanto, não estaria configurada presunção legal⁴⁰³, mas presunção simples, deduzida pelo órgão de Controle Externo ao aplicar o Direito dadas as circunstâncias do caso concreto e as regras de experiência daquilo que comumente acontece⁴⁰⁴⁻⁴⁰⁵. A utilização dessas presunções surge da ideia de que o conhecimento de certos fatos pode ser induzido da verificação de um outro fato, ao qual, normalmente, o primeiro está associado⁴⁰⁶. Partindo-se da convicção de ocorrência do fato indiciário⁴⁰⁷, pode-se, por raciocínio lógico, inferir a existência de outro fato objeto a ser provado, já que, comumente, um decorre do outro, ou ambos devem acontecer simultaneamente⁴⁰⁸.

A realização de uma presunção de culpa, de toda sorte, continuaria configurando responsabilidade subjetiva, uma vez que seria ainda admissível discutir a conduta da parte apontada como causadora de dano⁴⁰⁹. Na hipótese em análise, trazida pelo Acórdão

⁴⁰³ As presunções legais de culpa, que podiam ser classificadas em culpa *in vigilando*, culpa *in eligendo* e culpa *in custodiendo* e constavam do Código Civil de 1916, foram transformadas, segundo a doutrina (CALIXTO, Marcel Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 101-105; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas. p. 39; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 31), em hipóteses de *responsabilidade objetiva* pelo art. 933 Código Civil de 2002.

⁴⁰⁴ “Em determinadas circunstâncias é a lei que enuncia a presunção. Em outras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma ideia tipicamente assentada na culpa, inverte a situação impondo o dever ressarcitório, a menos que o acusado demonstre que o dano foi causado pelo comportamento da própria vítima” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.266).

⁴⁰⁵ Enquanto presunções legais têm por finalidade a facilitação da prova, as presunções simples abrangem raciocínios dedutivos empregados pelo aplicador do Direito a partir dos elementos de prova colhidos no processo. Ver: CARNEIRO NETO, Durval. *Processo, jurisdição e ônus da prova no Direito Administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 121.

⁴⁰⁶ Em sede responsabilidade por improbidade administrativa, também há quem defenda a presunção de culpa para o terceiro que se beneficia do ato de improbidade, não sendo necessária a efetiva comprovação de sua participação na ilicitude. Nesse sentido, Pazzagliani Filho entende que “A regra em epígrafe é muito feliz ao sancionar o terceiro puramente beneficiário, sem exigir que se evidencie sua efetiva participação no ato, diante das dificuldades práticas de demonstração do liame subjetivo entre o terceiro e o agente público ajustados para o cometimento do ato de improbidade. Dessa forma, verificado o caráter espúrio da conduta do agente público, basta a comprovação de que terceiro dela usufruiu para que este também seja responsabilizado” (FAZZIO JUNIOR, Waldo; ROSA, Márcio Fernandes Elias; PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996).

⁴⁰⁷ A Lei 8.443/1992, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil não tratam do assunto, mas o Código de Processo Penal, em seu artigo 239, define indício como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

⁴⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento. Curso de Processo Civi*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v.2. p. 296. No mesmo sentido, Cândido Dinamarco conceitua presunção como “um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113).

⁴⁰⁹ “Na tese da presunção da culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposos do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do ônus *probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposos do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta

2.006/2006 – Plenário, caracterizada a manifesta diferença entre o preço pactuado e o preço de referência como um dano, será inferida a culpa do contratado, o qual teria que demonstrar a ocorrência de outro fato que a elidisse.

Não haverá problema em se considerar a referida “presunção de culpa” como a ideia de que um sobrepreço elevado configura fato indiciário da prática de fraude ou conluio no procedimento licitatório. Efetivamente, o tamanho da diferença entre os preços contratuais e os preços normalmente verificados no mercado é um dos indícios mais comuns da presença ou da fraude cometida por um particular em conluio com um agente público, ou de um cartel⁴¹⁰ manipulando lances em licitação. Para que se infira a ocorrência de fraudes ao processo licitatório ou a existência de colusão entre os licitantes, todavia, deve se requerer a presença de outros fatos indiciários, a exemplo da abstenção de um potencial concorrente costumeiramente participante de um determinado tipo de projeto, da rotatividade não usual de vencedores, e da ocorrência de inhabilitações por critérios meramente formais e de fácil detecção⁴¹¹.

Dos elementos de experiência, descarta-se que o contratado desconhecesse os preços mediante os quais a atividade que desempenha é prestada pelos concorrentes. A partir do fato indiciário da expressiva divergência entre os preços, seria presumida também a vontade do contratado em receber um preço mais elevado do que aquele que deveria ter sido praticado.

culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 265-266).

⁴¹⁰ Em licitações, os cartéis se manifestam, principalmente, nas seguintes formas: “a) Fixação de preços, na qual há um acordo firmado entre concorrentes para aumentar ou fixar preços e impedir que as propostas fiquem abaixo de um ‘preço base’; b) Direcionamento privado da licitação, em que há a definição de quem irá vencer determinado certame ou uma série de processos licitatórios, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas; c) Divisão de mercado, representada pela divisão de um conjunto de licitações entre membros do cartel, que, assim, deixam de concorrer entre si em cada uma delas. Por exemplo, as empresas A, B e C fazem um acordo pelo qual a empresa A apenas participa de licitações na região Nordeste, a empresa B na região Sul e a empresa C na região Sudeste; d) Supressão de propostas, modalidade na qual concorrentes que eram esperados na licitação não comparecem ou, comparecendo, retiram a proposta formulada, com intuito de favorecer um determinado licitante, previamente escolhido; e) Apresentação de propostas pro forma, caracterizada quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios. O objetivo dessa conduta é, em regra, direcionar a licitação para um concorrente em especial; f) Rodízio, acordo pelo qual os concorrentes alternam-se entre os vencedores de uma licitação específica. Por exemplo, as empresas A, B e C combinam que a primeira licitação será vencida pela empresa A, a segunda pela empresa B, a terceira pela empresa C e assim sucessivamente; g) Subcontratação, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem subcontratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supracompetitivo divide o sobrepreço com o subcontratado” (BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis em licitações*. Brasília, 2010. p. 9-10. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2014. Ver também: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. p. 2. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2014.

⁴¹¹ GICO JUNIOR. Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006. p. 442.

Ocorreria, assim, uma presunção simples de “culpa em sentido amplo”, a partir da magnitude do sobrepreço encontrado, fundada na dificuldade que envolveria a tentativa de demonstrar o elemento subjetivo do contratado de outro modo. É nesse sentido que o Acórdão TCU 2006/2006 – Plenário atesta que “[...] caso não reputasse válida a instauração da presunção de culpa, em face desses excessos de preços, a reparação de prejuízos para os quais tenham concorrido agentes privados teria efetividade extremamente reduzida”⁴¹².

Por outro lado, não se deve interpretá-la como a presunção de que o particular teve “vontade livre e consciente” de praticar preços superiores aos de mercado com a Administração. É evidente que o oferecimento de proposta com sobrepreço é em si uma conduta voluntária, não acidental, a menos que se desafie a premissa de que o agente particular conhece os preços dos demais participantes do mercado relevante em questão. Nesse caso, seria em tese possível uma presunção de culpa em sentido estrito, que somente seria afastada mediante a demonstração de que o agente teria tomado medidas exigidas a uma pessoa medianamente prudente e cuidadosa⁴¹³ para evitar o fato considerado lesivo.

Conforme o Acórdão 2.006/2006 – Plenário, porém, a responsabilidade do particular é afastada mediante a demonstração de que haveria circunstâncias que justificassem a realização dos preços em questão (ou seja, que não houve o alegado dano)⁴¹⁴, não pelo argumento de que o então licitante teria adotado “precauções razoáveis” e mesmo assim se equivocou quanto à compatibilidade de sua oferta e o preço de mercado. O julgado menciona, como exemplo, que a presunção poderá ser afastada pela demonstração de “caso fortuito” ou de “força maior” (os quais, aliás, excluirão a responsabilidade do contratado não por elidirem sua conduta supostamente culposa, mas por significarem o rompimento do nexo

⁴¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.006/2006 – Plenário. TC 009.627/2000-8. Tomada de Contas Especial. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 1º de novembro de 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 02 jan. 2015. Observe-se que, nos termos do voto condutor do Acórdão TCU 1.235/2004 – Plenário anteriormente analisado, a verificação da conformidade de cada proposta com os preços correntes no mercado se destinaria a evitar que eventual conluio entre licitantes para majorar artificialmente os preços ofertados viesse a passar despercebido pela comissão julgadora do certame. Ver: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.235/2004 – Plenário. TC 013.628/1999-2. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 25/8/2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2014. O raciocínio é coerente com o princípio de que a licitação é uma forma de emular a concorrência que seria verificada no mercado, e essa concorrência normalmente é suficiente para evitar que alguém vença uma licitação ofertando preços superiores aos normalmente praticados, a menos que ela seja contornada pela realização de acordos entre os próprios licitantes, ou que os custos para a contratação com o setor público sejam significativamente superiores aos de uma contratação comum e ensejem que todos realizem, de forma independente, propostas de valor mais elevado que o normalmente fariam para compradores particulares.

⁴¹³ Por exemplo, aquela que existia no art. 1527 do Código Civil de 1916, segundo a qual o dono do animal ressarciria o dano por este causado se não provasse “que o guardava e vigiava com o cuidado preciso”.

⁴¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.006/2006 – Plenário. TC 009.627/2000-8. Tomada de Contas Especial. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 1º de novembro de 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 02 jan. 2015.

de causalidade entre ela e o dano⁴¹⁵), sem definir o dever jurídico cujo cumprimento o terceiro pudesse demonstrar para elidir sua responsabilidade distinto de “não praticar preços manifestamente superiores aos de mercado”.

Dessa forma, a afirmação “em regra, porém, a verificação de superfaturamento configura a participação da empresa na consumação do prejuízo apurado”⁴¹⁶, deve ser aplicada apenas aos casos em que o sobrepreço seja tamanho a ponto de autorizar a conclusão pela ocorrência de fraude ou de conluio, mesmo assim quando acompanhada de outros indícios da prática. É nesse sentido que a referida “presunção de culpa” deverá ser interpretada, como raciocínio que extrai da prova de alguns fatos indiciários a conclusão sobre uma conduta ilícita do particular, não sobre a mera vontade de praticar determinado preço mais elevado que a média e de violar um inexistente dever de praticar preços compatíveis com os de mercado.

Note-se que na maioria dos casos em que o Tribunal imputa débito por superfaturamento por preços excessivos, há outros indícios de fraude ao procedimento licitatório, que podem ser encontrados na conduta dos particulares e do agente público na condução do certame. Nos casos em que eles estiverem ausentes, porém, poder-se-á no máximo afirmar que o terceiro contratado tinha intenção de praticar preços que sabia serem mais elevados do que a média dos de mercado, o que teria sido permitido pela negligência do agente público na definição das preferências contratuais e do preço de reserva da organização administrativa. Essa busca por lucros é natural de qualquer fornecedor, e não deve ser considerada como reprovável pelo controle externo, a menos que essa busca envolva atividade que viole os direitos do contratante.

Note-se que o Acórdão citado reconhece que a lógica fundamental e inerente à atividade empresarial é a maximização dos lucros, mas alude à supremacia do interesse público sobre o interesse privado e, de forma geral, aos princípios e regras de Direito Administrativo como uma limitação a essa liberdade empresarial⁴¹⁷. A decisão, entretanto, não deixa claro de que forma as citadas regras e princípios de Direito Administrativo autorizariam a imputação desse dever ao contratado, apenas considerando que proceder de

⁴¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 67.

⁴¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.006/2006 – Plenário. TC 009.627/2000-8. Tomada de Contas Especial. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 1º de novembro de 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 02 jan. 2015.

⁴¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.006/2006 – Plenário. TC 009.627/2000-8. Tomada de Contas Especial. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 1º de novembro de 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 02 jan. 2015.

outra forma seria uma conduta reprovável, uma conduta culposa em sentido amplo. Mesmo a doutrina administrativista, que reconhece a supremacia do interesse público como princípio fundamental, entende que a Administração não tem como fugir às leis econômicas de mercado quando se propõe a constituir relações voluntárias com terceiros, nas quais a contraparte é livre para ofertar os valores em função dos quais aceitará celebrar o contrato⁴¹⁸.

A definição da conduta reprovável simplesmente como “causar dano ao erário pela prática de preços superiores à média de mercado”, ademais, implicaria confundir-se a conduta culposa com o próprio resultado que se alega danoso, alcançando-se resultados análogos aos da responsabilidade objetiva⁴¹⁹.

Observe-se que a argumentação é construída de tal modo que a Administração aduz ter pago um sobrepreço por determinada prestação, que esse sobrepreço constituiu um dano, que esse dano não teria ocorrido sem a conduta do particular contratado e que essa conduta foi realizada de forma voluntária, portanto pelo menos culposa em sentido amplo. Se uma interpretação como essa for aceita como um fato constitutivo do direito da Administração de ser indenizada, restarão ao particular citado em TCE três opções para elidir sua responsabilização:

- i) Demonstrar a ocorrência de fatos que possam ser interpretados como “caso fortuito” ou “força maior”, como citado no Voto condutor do Acórdão 2.006/2006 – Plenário, os quais venham a romper o nexo de causalidade;

⁴¹⁸“O comprador (no caso, a pessoa da esfera administrativa), como é natural, tomando em conta os próprios interesses, dita os termos que lhe convém e que reputa juridicamente adequados. Os eventuais vendedores (no caso, os afluentes à licitação), se lhes convierem tais termos, é dizer, se também consultarem a seus interesses, ofertam dentro daquelas mesmas disposições apresentadas como retoras da disputa e do futuro contrato. [...] A segunda ideia referida como merecedora de realce é que a Administração não tem como evadir-se às leis econômicas de mercado quando se propõe a constituir com terceiros relações voluntárias, não imperativas, nas quais, portanto, sua contraparte é livre para vincular-se e para ofertar os valores em função dos quais aceitará engajar-se no liame. Ou seja, trata-se, aqui, de sublinhar a evidência (o que surpreendentemente é necessário fazer) de que, não havendo obrigação de participar de licitação e de contratar com entidade governamental, quem afluí ao certame está no direito de ofertar os preços que considere satisfatórios perante aquele negócio e aquele comprador. Irá fazê-lo tomando as características da operação comercial licitada, a credibilidade do sujeito que a propõe e as garantias de que irá desfrutar. De seu turno, o comprador, como em qualquer relação de negócio voluntariamente constituída entre as partes, é livre para aceitar ou rejeitar as ofertas que lhe façam” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 111 e 113-114).

⁴¹⁹Como faz corrente doutrinária francesa criticada por Orlando Gomes: “Leclercq é mais extremado, pois confunde a culpa com a lesão ao direito alheio. Seu raciocínio é de que todo aquele que atenta contra o direito de outrem viola a obrigação de não lesar ninguém. Essa violação é necessariamente culposa. Mas, como ressalta à primeira vista, esse conceito de culpa conduz aos mesmos resultados a que se chega pela adoção da teoria objetiva” (GOMES, Orlando Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 69).

- ii) Mostrar que não houve o alegado dano ao erário e que o preço ofertado e pactuado era compatível com os preços de mercado, uma vez que: a) o preço médio ou mediano da época era distinto daquele adotado como referencial pelo órgão de controle⁴²⁰; ou b) existiriam efetivas diferenças entre os produtos e serviços fornecidos e aqueles utilizados como fonte de pesquisa para produzir o referencial empregado pelo órgão de controle, afastando o dano; e, por fim,
- iii) Alegar que não sabia qual era o preço médio de mercado, que não tinha a intenção de cobrar preços que fossem manifestamente superiores a ele e demonstrar que teria tomado medidas razoáveis e prudentes para evitar essa prática, investigando quais seriam os preços de mercado à época, e apresentado proposta compatível com o resultado apresentado.

Uma vez que é árdua a realização de prova negativa quanto à própria intenção, seria necessária ao licitante a inusitada providência de demonstrar que teria tomado precauções razoáveis, adequadas, as quais um agente econômico prudente supostamente teria que tomar caso se preocupasse com o bem-estar de seus clientes e desejasse não cobrar deles preços “injustos”, superiores aos de mercado.

Observe-se, porém, que se o órgão de controle viesse a concordar que o levantamento de preços conduzido pelo particular contratado (com o qual o preço contratual seria compatível) teria sido razoável e prudente, a própria alegação de dano acabaria por ser afastada. Afinal, nesse caso, ter-se-ia reconhecido que o contratado teria coletado uma amostra representativa do universo das transações de mercado e produzido uma estimativa do valor médio dessas transações no mínimo tão confiável quanto as realizadas pelo próprio órgão de controle. Nesse sentido, a própria alegação de dano restaria insubsistente, já que o preço pactuado passaria a ser considerado compatível com os preços de mercado, agora conforme os valores adequadamente levantados pelo particular. Se a estimativa do defendente, por outro lado, não viesse a ser considerada razoável pelo Tribunal, a alegação de dano ao erário continuaria subsistindo e o terceiro seria por ele responsabilizado.

⁴²⁰ O que é mais difícil quando eles tenham sido extraídos de sistemas referenciais oficiais como SICRO e SINAPI, ou mesmo de âmbito nacional, como a “tabela FIPE” utilizada para veículos automotores.

Na prática, ressalve-se, o fato de que tais verificações violariam a “própria lógica fundamental inerente à atividade empresarial”⁴²¹ e representariam custos de informação proibitivos se tivessem que ser realizadas antes de todas transações com o poder público, faz com que elas não sejam realizadas antes de uma licitação, mas apenas quando o órgão de controle contestasse os preços praticados. Independente do momento que tenha sido produzida, a estimativa do particular, quando considerada adequada pelo controle, terá o mesmo efeito de demonstrar a insubsistência da diferença inicialmente apontada como dano⁴²².

Verifica-se assim que utilizar os princípios do Direito Público contra a lógica inerente à atividade empresarial, de modo a considerar a simples prática de preços superiores aos de mercado como uma conduta reprovável e sem se restringir à hipótese de fraude ao processo licitatório, conduziria a uma severa inconsistência na apuração da responsabilidade. Mesmo que essa prática pudesse ser indevidamente entendida como um ato culposos (em sentido estrito), caso porventura se demonstrasse que o agente se portou de modo razoável e prudente, isso não só elidiria a culpa do responsável, mas também a própria alegação de dano ao erário.

É de se questionar, dessa forma, a possibilidade de se classificar como subjetiva uma modalidade de responsabilização cuja aplicação é em última análise evitada apenas mediante a demonstração da inexistência do alegado dano ou do rompimento do nexo causal, sem que faça sentido a investigação sobre eventuais medidas de cuidado que tenham sido adotadas por aquele apontado como causador do fato. Para manter a responsabilização como subjetiva, o tamanho da diferença entre os dois preços deve ser um dos indícios para avaliar a probabilidade da prática de fraude (corrupção) ou conluio entre os licitantes, não devendo constituir o ilícito em si.

A pretensão de se impor ao particular contratado de um dever jurídico de “não causar o prejuízo mediante prática de preços superiores aos de mercado”, porém, desempenha papel relevante para que a imputação de débito ao particular contratado seja impropriamente realizada de forma objetiva, apenas verificando-se a diferença entre o preço pactuado e o preço referencial para os de mercado, embora não haja previsão legal expressa de que a responsabilidade será apurada independentemente de culpa. Esse caráter objetivo da apuração

⁴²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.006/2006 – Plenário. TC 009.627/2000-8. Tomada de Contas Especial. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 1º de novembro de 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 02 jan. 2015.

⁴²² O que, note-se, constitui outro motivo pelo qual o contratado a realiza apenas quando precisa desconstituir o referencial utilizado pelo órgão de controle e afastar a alegação de dano.

aproxima o processo de responsabilização financeira por superfaturamento de preços em sentido estrito da alegação do cometimento de um abuso, cometido pelo licitante, em seu direito de escolher o preço ao qual realizará sua oferta no certame, ideia desenvolvida na última parte do trabalho.

II.2.3 A dificuldade em caracterizar o nexo de causalidade entre o alegado prejuízo e a conduta do agente particular

Ainda que seja difícil se caracterizar juridicamente a diferença entre o preço praticado em uma contratação administrativa e o parâmetro referencial como um dano involuntário, o ente público, quando da instauração da TCE, alega que celebração de tal contrato por si só foi prejudicial ao erário e portanto consistiu em um ilícito. Afinal, não fosse a intervenção do agente contratado ofertando proposta com valor superior à medida representativa do conjunto de preços praticados e do agente público negligente, o ente público poderia ter celebrado um contrato que se revelasse mais vantajoso. Entretanto, mesmo que para fins de argumentação o superfaturamento de preços em sentido estrito seja considerado um prejuízo, é questionável a afirmação de que ele tenha sido causado pelo agente particular, pelo menos em um sentido jurídico de causalidade.

Modernamente, a teoria jurídica não apenas separa a causalidade da ilicitude, como também distingue entre a ilicitude e a culpa, considerada apenas um requisito de uma das modalidades de responsabilização. O nexo de causalidade, usualmente, é tido por um requisito da imputação de responsabilidade, um elo que liga o prejuízo ao fato gerador, indicando quais os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado. Apesar de sua determinação parecer simples ou intuitiva, é o requisito que talvez suscite mais dificuldades, visto que nem sempre é fácil se estabelecer uma relação juridicamente satisfatória de causa e efeito entre dois acontecimentos⁴²³.

Por meio do nexo causal, se determina quando um determinado resultado é imputável ao agente, analisando-se a relação existente entre dano e fato, a fim de que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele. Exerce, assim, uma dupla função no âmbito da responsabilidade civil⁴²⁴: i) a imputação jurídica do resultado danoso ao responsável, pela

⁴²³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 499.

⁴²⁴ CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 22.

qual se identifica a conduta que deu causa ao resultado; e ii) a limitação das verbas indenizatórias, uma vez que o nexo de causalidade servirá como balizador para reconhecer quais as consequências danosas que deverão ser indenizadas por estarem de alguma maneira conectadas à atividade geradora do resultado lesivo. Note-se que a atividade jurisdicional não permite que toda e qualquer perda seja compensada judicialmente, principalmente aquelas resultantes da falta de cuidado do próprio lesionado. Um escopo de responsabilidade ilimitado ameaça a própria viabilidade do sistema de responsabilidade civil, mostrando-se fundamental o equilíbrio entre a proteção da integridade e a manutenção da liberdade de ação das pessoas⁴²⁵. Dessa forma, é essencial que seja traçado um limite para a responsabilização e, segundo a teoria jurídica moderna da responsabilidade civil, a extensão do dano deveria ser verificada a partir do nexo causal, e não a partir da culpa⁴²⁶.

Uma das abordagens jurídicas tradicionais é a teoria segundo a qual todas as condições são igualmente indispensáveis para a produção do resultado. A teoria da equivalência causal considera como causa toda condição da qual dependeu a produção do resultado, sem se analisar sua maior ou menor proximidade à lesão⁴²⁷, de forma que existirá relação de causalidade quando for possível afirmar que a consequência não teria ocorrido se não fosse a atuação da condição: caso esta fosse subtraída, o resultado lesivo desapareceria.

Uma regra de nexo de causalidade, entretanto, deve responder a duas perguntas: i) se a parte apontada como ofensor causou o prejuízo; e ii) o quanto desse prejuízo pode ser considerado como causado pelo ofensor. A regra da equivalência causal pode responder à primeira pergunta, mas a partir daí torna-se necessário delimitar o escopo da responsabilização de alguma forma (afinal, cadeias de causalidade são em geral infinitas). Deveria ser possível, em determinados casos, se concluir que a parte apontada como ofensor criou o “fato danoso” em sentido material, mas não deve ser responsabilizada pela

⁴²⁵ SCHAFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Cheltenham: Edgar Elgar, 2004. p. 126.

⁴²⁶ CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 334. Vale lembrar que a teoria jurídica em questão entende que a essência da responsabilidade civil seria o ressarcimento do dano, e não função preventiva, que envolve a promoção de incentivos para minimizar os custos dos acidentes. Esta é muitas vezes considerada como acessória, e abordada conjuntamente com a função punitiva, por sua vez baseada em concepções de moral. Dessa forma, compreende-se melhor a afirmação de que seria quantidade do prejuízo causado, e não o elemento subjetivo da culpa, o que deve determinar o alcance da reparação. Como exemplo ver: CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 337.

⁴²⁷ De tal sorte que, se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem, não se indagando se uma foi mais ou menos adequada ou eficaz. Causa, nesse sentido, é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Ver: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 48.

integralidade do dano⁴²⁸, e a teoria da equivalência das condições não é apropriada para essas circunstâncias.

Segundo a teoria da causalidade adequada, por outro lado, uma conduta deve ser juridicamente considerada como causa de uma determinada consequência quando for uma conduta idônea para produzir o resultado, à luz da experiência comum. Para verificar se a conduta é adequada, o juiz deve realizar um juízo de probabilidade (“prognose póstuma”), de modo a se verificar se a relação de causa e efeito existe normalmente, ou se ocorreu apenas por circunstâncias especiais. Quando analisada a cadeia causal em abstrato, é possível identificar que uma determinada situação gerará um efeito específico, todas as vezes em que se apresentar.

Ressalte-se que os conceitos empregados (experiência, normalidade) remetem a probabilidades, de maneira que uma causa é considerada adequada quando o comportamento de uma das partes aumentar a probabilidade do evento lesivo, ou seja, quando este evento não seja resultado de um caso especial e particular. Ao realizar esse juízo de probabilidade, o julgador se coloca no momento da ação, como se o resultado ainda não houvesse ocorrido. Assim, de acordo com a teoria, quanto maior a probabilidade de determinada causa gerar o dano, mais “adequada” será considerada. Diante de uma pluralidade de concausas, indaga-se qual delas, em tese, poderia ser considerada a mais apta a causar o resultado. É possível que esse juízo de probabilidade tome como referência o ponto de vista do autor do ato, ou do homem médio.

A teoria da causalidade adequada surge como forma de limitar a responsabilidade civil às consequências previsíveis e prováveis de determinada conduta ou atividade, tendo-se como parâmetro o curso normal dos eventos⁴²⁹. O exame de probabilidades postulado pela teoria da causalidade adequada é um requisito para que o objetivo do sistema de responsabilidade civil seja alcançado, pois caso uma determinada medida de precaução não seja capaz de afetar a probabilidade do evento, ela – embora custosa – não servirá para diminuir os danos causados

⁴²⁸ SCHAFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Cheltenham: Edgar Elgar, 2004. p. 130.

⁴²⁹ A teoria possui ainda duas formulações: a formulação positiva, segundo a qual um fato será considerado causa adequada de um dano, sempre que o dano constituir uma consequência normal ou provável desse fato; e a formulação negativa, mais ampla, conforme a qual o fato que atua como condição do dano somente deixará de ser considerado como causa adequada caso se demonstre sua indiferença para a produção do resultado lesivo, o qual teria ocorrido por circunstâncias excepcionais ou extraordinárias. Nesse sentido, ver: MULHOLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 150.

às vítimas. O agente não considerará a possibilidade de adotar essas medidas ao decidir qual será sua conduta, e exigi-las implicaria apenas desperdício⁴³⁰.

Nesse sentido, quando se adere à tese da causalidade adequada, considera-se que os danos não serão indenizáveis quando produzidos devido a circunstâncias extraordinárias, situações improváveis que não teriam sido consideradas por um analista prudente, que ponderasse as regras de experiência comum. A relação de causalidade será considerada como demonstrada quando o dano não for uma consequência extraordinária do fato atribuído ao indigitado responsável⁴³¹, devendo-se perguntar se a relação entre causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou se existiu apenas nesse caso, por força de circunstâncias especiais. Se a relação existiu apenas de forma accidental, a causa não seria adequada⁴³². Desse modo, não ocorre uma análise apenas abstrata da probabilidade *ex-ante*, mas também uma verificação, no caso concreto, se a probabilidade do acidente realmente foi influenciada pela conduta do autor, ou se o dano se deveu a caso fortuito.

Por fim, deve ser destacada a Teoria do Dano Direto e Imediato, baseada na expressão contida no artigo 1.060 do Código Civil/1916 e repetida no art. 403 do Código Civil/2002, segundo o qual “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem

⁴³⁰ É necessário, assim, distinguir entre dois tipos de “causalidade adequada”. Uma seria a causalidade adequada em abstrato, que ocorre quando uma falha em adotar medida de cuidado conduz, normalmente e previsivelmente, a um determinado tipo de acidentes. Por exemplo, conduzir acima do limite de velocidade costuma aumentar a probabilidade de colisões com outros veículos ou de atropelamentos. Entretanto, quando se observa um caso concreto, de forma retrospectiva, é possível se concluir que aquela conduta, embora geralmente implique um aumento no risco de acidente, não teve conexão probabilística com o acidente que realmente ocorreu. Assim, não haveria “causalidade adequada” no caso concreto quando um raio ou uma árvore atingem um carro que estava em uma velocidade superior à permitida, porque a falha no dever de cuidado não eleva a probabilidade da ocorrência do acidente em questão. Observe-se que a análise parte da própria falha do agente em adotar determinada medida de cuidado (o padrão juridicamente exigível de velocidade), para examinar se o considera ou não o causador do acidente. Em casos em que há causalidade adequada de forma abstrata, mas não de forma concreta, a conclusão é que o réu não agiu de forma negligente e não deve ser responsabilizado. Afinal, a precaução adicional que seria necessária para a adoção do parâmetro jurídico de cuidado não afetaria a probabilidade de um acidente naquela condição concreta, o que tornaria a medida improdutiva. Não é de se admirar que uma das principais críticas realizadas à teoria da causalidade adequada é que, para os que a defendem, não existiria uma clara separação ou distinção entre causalidade e antijuridicidade (ou culpabilidade). Nesse sentido, ver: MULHOLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 163.

⁴³¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 637. Em sentido similar, Carlos Roberto Gonçalves esclarece que a teoria da causalidade adequada somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo: se a relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em exame apenas por força de uma circunstância accidental, diz-se que a causa não era adequada. Ver: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 479).

⁴³² ALVIM, Agostinho Nunes de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 345.

prejuízo do disposto na lei processual”⁴³³. A teoria da causalidade direta ou imediata, também conhecida como teoria de interrupção do nexo causal, pode ser encontrada no Acórdão proferido pela 1ª turma do STF, no julgamento do RE-130.764-1-PR. De acordo com essa decisão paradigmática, o artigo 1.060 do CC/1916 se aplicaria também à responsabilidade extracontratual, embora, em uma primeira análise, verse sobre inexecução contratual⁴³⁴. O Acórdão em questão teria entendido que o dever de reparar só surgiria quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa⁴³⁵: havendo uma cadeia causal sucessiva, o sistema brasileiro exigiria o vínculo de necessariedade entre o conjunto de causas imputadas e o dano⁴³⁶.

Ressalta-se que a expressão “direto e imediato” deve ser interpretada em conjunto, como “necessário”⁴³⁷. O agente responde pelos danos que são consequência necessárias (que só poderiam ter sido provocadas por essa conduta), não pelos danos originários de outras consequências (“não necessárias”), de mera ocasião. O nexo causal seria rompido quando outro fato, independente, configurasse causa necessária do dano, podendo ser uma conduta de terceiro, um fato da própria vítima, ou uma ocorrência natural (caso fortuito ou força maior). É o fato de o nexo causal ter sido rompido que faz com que uma circunstância deixe de ser considerada causa, e que o dano deva ser atribuído a (e indenizado por) outro agente⁴³⁸.

Ressalte-se que os tribunais costumam fixar o nexo de causalidade de forma intuitiva, invocando diversas teorias, de modo a assegurar a existência de algum liame entre a conduta e

⁴³³ Para Carlos R. Gonçalves, a partir desse dispositivo seria possível concluir que o direito brasileiro teria adotado a teoria do dano direto e imediato, pois teria declarado não indenizável o “dano remoto”, consequência indireta do inadimplemento, pois para ele teriam que concorrer outros fatores além da falta cometida pelo devedor. Ver: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 480.

⁴³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 130.764-1/PR. Relator: Min. Moreira Alves. Primeira Turma. Brasília, 12 maio 1992. DJ: 07 nov. 1992. RTJ 143/01. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014.

⁴³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 113. Assim, o fato de o Estado federado ter permitido a fuga de um presidiário de uma penitenciária, embora seja uma condição do eventual assalto que esse mesmo presidiário vá a realizar, não levaria necessariamente à prática do assalto. Seriam necessários outros fatores, como a formação de uma quadrilha e a própria conduta do detento, os quais romperiam a conexão “direta e imediata” com o dano.

⁴³⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*. Revista Jurídica. Porto Alegre: Nota Dez. Ano 50. n. 296, p. 7-18. jun. 2002. p. 16.

⁴³⁷ ALVIM, Agostinho Nunes de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p.360-361.

⁴³⁸ Segundo a concepção, não é a distância temporal em si que rompe o nexo causal. No entanto, os danos remotos não costumam ser indenizáveis porque, quanto mais distantes do tempo, maior a possibilidade que ocorram outros eventos que venham a romper a relação de causalidade. CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 104.

o resultado danoso e evitar que a vítima fique sem indenização⁴³⁹. Em que pese a importância do debate acadêmico em torno das diversas teorias da causalidade, não se alcançou um consenso significativo em torno da matéria⁴⁴⁰.

Em uma abordagem econômica, determinar a causalidade em sede de responsabilidade extracontratual subjetiva é equivalente a realizar uma análise de custo-benefício sobre as medidas de cuidado que deveriam ter sido adotadas, avaliando se o custo destas medidas é inferior à redução dos prejuízos causados. Nesse contexto, quando os tribunais afirmam que alguém que pratica um ato não deve ser responsabilizado, mesmo que façam alusão à ausência de causalidade, estariam simplesmente percebendo que o réu não era aquele que podia evitar o fato lesivo a um menor custo, ou chegando à conclusão que eventuais medidas de precaução não diminuiriam a probabilidade nem a gravidade de acidentes futuros. A abordagem parte do pressuposto que lesões são um problema de natureza recíproca, resultado de uma interação simétrica, entre duas atividades normalmente lícitas, de tal sorte que tanto a conduta do agente apontado como lesionante, como a atuação daquele apontado como vítima são consideradas causas materiais do fato lesivo. Não haveria um motivo intrínseco para que um deles fosse, *prima facie*, considerado como lesionante e o outro como lesionado⁴⁴¹, e, se ambos pudessem negociar livremente⁴⁴², alcançariam um acordo conforme os custos e benefícios envolvidos de modo a reduzir os custos representados pelos prejuízos e pelas medidas de prevenção⁴⁴³.

⁴³⁹ Por exemplo, a atividade jurisdicional não utiliza a teoria do dano direto e imediato com rigor, de modo a indenizar somente os danos “diretos e imediatos”. Ver: CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 108.

⁴⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 59.

⁴⁴¹ Nesse caso, os conceitos de “autor” e “vítima” deixam de ser dados a priori, sendo resultado dos custos e benefícios aos quais as partes estavam sujeitas. Dessa forma, a conduta do réu deve ser considerada causa do dano quando tornar este réu responsável pelas consequências do prejuízo em questão promover uma alocação eficiente dos recursos em cuidado e segurança. Ver: LANDES, Willian L. e POSNER, Richard Allen. Nexo de causalidade e responsabilidade civil. In: SALAMA, Bruno Meyherhof (org.) *Direito e Economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114.

⁴⁴² Conforme o raciocínio, caso não existissem custos de negociação, qualquer responsável arbitrariamente selecionado pelo ordenamento jurídico terminaria por ser substituído pelo “*cheapest cost avoider*” mediante a realização de acordos entre as partes. A ocorrência de tais transações é inviabilizada, pois dada a miríade de interações prejudiciais possíveis, os custos de negociação se mostram proibitivamente elevados. Assim, na presença destes custos elevados de transação, justifica-se a instituição de um sistema de responsabilidade civil destinado a reduzir o custo dos acidentes: para que estes sejam minimizados, devem ser alocados àqueles agentes que possam evitá-los de forma menos onerosa. A situação é manifestamente distinta da discussão de um excedente contratual entre um único comprador e alguns ofertantes, que disputam em um leilão invertido a possibilidade de contratar com o Estado.

⁴⁴³ Supondo um acidente envolvendo as partes A e B, cujo prejuízo esperado (soma do valor de cada prejuízo possível multiplicado pela probabilidade de cada um deles) seja R\$ 5.000,00. A parte A pode diminuir o prejuízo esperado do acidente para R\$ 100,00, caso gaste R\$ 500,00 em medidas de precaução. A parte B precisaria gastar R\$ 1.000,00, para obter a mesma redução. Caso o ordenamento jurídico estabeleça que a parte “A” é responsável, ela preferirá gastar R\$ 600,00 (R\$ 500,00 das medidas de precaução + R\$ 100,00 da indenização pelo prejuízo residual), em vez de pagar a indenização de R\$ 5.000,00. Já se o ordenamento

Logo, segundo uma perspectiva econômica, o problema de determinar a responsabilidade por uma lesão poderia ser reduzido à pergunta: “qual das partes poderia ter evitado a ocorrência da lesão a um menor custo: o ofensor, a vítima, ou um terceiro?”⁴⁴⁴. De acordo com essa perspectiva, o nexo de causalidade não seria uma das condições preliminares da atribuição de responsabilidade, mas sim a decorrência de uma decisão com base em uma análise de custo-benefício, a qual determinará qual das partes pode alterar suas ações de forma menos onerosa, minimizando os custos para a sociedade como um todo⁴⁴⁵.

Embora seja considerada extracontratual, entretanto, a responsabilidade financeira reintegratória em caso de superfaturamento por preços excessivos não envolve acidentes, ou seja, interações nas quais uma das partes não teve nenhum contato com a outra antes da lesão, nem poderia negociar previamente com todos os envolvidos em potencial. Não há, aqui, duas atividades lícitas que se estorvam uma a outra sem poder negociar previamente como adjudicar os direitos entre as duas: a própria existência do procedimento licitatório e do contrato administrativo demonstra que a Administração Pública pode negociar seu interesse com o interesse do particular contratado de uma maneira viável. Essa tarefa do agente público na condução desta negociação é que deve ser avaliada, pelo menos em relação à ocorrência de sobrepreço na origem do contrato.

Por outro lado, para a imputação de responsabilidade financeira por um dano que a Administração alega ter sofrido, precisa-se definir qual das partes será considerada como sua causadora (jurídica). Uma vez que não há dispositivo legal expresso sobre o assunto, é necessário definir se o particular possui o direito de fornecer bens e serviços à Administração Pública ao preço que esta manifestar disposição em pagar, ainda que sejam superiores a uma medida representativa dos preços praticados pelo mercado, ou se a Administração Pública, a qual afirma que não precisaria ter pago tais preços, deve ser ressarcida pelo excesso. Nessa

jurídico estabelecer que a parte “B” é responsável, ela preferirá pagar a parte A para que essa adote as medidas de precaução (além de suportar o prejuízo de R\$ 100,00), em vez de arcar com a perda de R\$ 5.000,00: dessa forma, a parte B evita ter que desembolsar R\$ 1.000,00 pelas próprias medidas de precaução; Por fim, caso o ordenamento arbitrariamente selecione um terceiro “C” como responsável, ele também preferirá contratar aquele que pode evitar o acidente a um menor custo (no caso, a parte A), em vez de pagar a indenização integral (R\$ 5.000,00) à parte prejudicada.

⁴⁴⁴ Uma regra jurídica que estabeleça que o causador do acidente não é o “*cheapest cost avoider*” estaria desperdiçando recursos econômicos, ao fazer com que as partes envolvidas incorram em custos de transação para realocar os custos de precaução. Ver: CALABRESI, Guido. *The cost of accidents – a legal and economic analysis*. New Haven: Yale, 1972. p. 135.

⁴⁴⁵ Saliente-se, entretanto, que isso não significa igualar causalidade material à negligência. É evidente que, quando um parâmetro jurídico de cuidado é descumprido, e mesmo assim não ocorre nenhum prejuízo, não haverá dano a ser reparado nem se poderá falar em causalidade. O dano será imputado a uma das partes em conflito, de acordo com algum critério, e essa parte que passa a ter o dever de restaurar a outra a uma situação equivalente torna-se, juridicamente, considerada a causadora do dano.

tarefa, a atividade de controle deverá utilizar como instrumento principal os enunciados normativos, e da mesma forma que o Código Civil, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União não define qual a teoria da causalidade que utiliza na imputação de débito⁴⁴⁶. Entretanto, a Portaria TCU ADPLAN 1/2010, que orienta o trabalho dos auditores do Tribunal, adota um conceito retrospectivo de causalidade, compatível com a teoria da equivalência das condições causais⁴⁴⁷. Considera-se suficiente a análise segundo a qual o alegado prejuízo ao erário não teria ocorrido caso a proposta não tivesse sido ofertada e o contrato não tivesse sido celebrado.

Ressalte-se que esta interpretação é uma leitura específica do enunciado normativo segundo o qual, em caso de irregularidade nas contas, o Tribunal fixará a responsabilidade solidária do agente que praticou o ato irregular e do terceiro que “de qualquer modo” haja concorrido para o cometimento do dano apurado. “Concorrer de qualquer modo” não abrangeria somente concorrer de “forma adequada”, ou concorrer de forma “direta e imediata” para o dano. Trata-se de uma atribuição de sentido ao verbo “concorrer” mais ampla do que aquela normalmente adotada para o verbo em questão, que é “participar do ilícito prestando auxílio material ao autor”⁴⁴⁸.

Além disso, não se pergunta qual seria a aptidão, em abstrato, daquela conduta para a ocorrência do resultado lesivo. Mesmo assumindo que ela constitua a violação a um dever previamente imposto pela ordem jurídica àqueles interessados em contratar com o Estado, não

⁴⁴⁶ Em sentido diverso, Emerson Gomes lembra que em julgados relativos à responsabilização de pareceristas técnicos e jurídicos, o Tribunal considera a influência que este parecer pode ter desempenhado na decisão principal: o fato de se ter levado em conta a aptidão do parecer para produzir o resultado danoso sugeriria a utilização da teoria da causalidade adequada. Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade Financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. p. 178.

⁴⁴⁷ Nos termos da Portaria TCU ADPLAN 1/2010, “97. Para facilitar a verificação da existência de culpa e o preenchimento do campo ‘nexo de causalidade’, pode-se, hipoteticamente, retirar do mundo a conduta do responsável e se perguntar se ainda assim o resultado teria ocorrido e, caso positivo, se teria ocorrido com a mesma gravidade. Se a resposta for sim, é preciso ver ainda se o responsável agiu com culpa (imprudência, imperícia ou negligência) ou dolo (intenção de provocar o resultado ilícito ou aceitação do risco de que ele ocorresse). Se a resposta for novamente sim, isso significa que há nexo de causalidade entre a sua conduta e o resultado” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria Adjunta de Fiscalização – Adplan. Portaria Adplan 1/2010 – Orientações para elaboração da matriz de responsabilização. Boletim do Tribunal de Contas da União Especial, Brasília, ano XLIII, n. 3, 9 fev. 2010).

⁴⁴⁸ A interpretação mais restrita é, por exemplo, adotada para o anteriormente referido enunciado do art. 3º, da Lei 8.492/1992, segundo o qual, para fins de ato de improbidade administrativa, são terceiros aqueles que, não se qualificando como agentes públicos, induzem ou concorrem para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficiam, direta ou indiretamente. O sentido de induzir é o de instilar, plantar, incutir em outrem a ideia antes inexistente do ilícito; concorrer, por sua vez, significa participar do ilícito, prestando auxílio material ao agente. Assim, para os casos de improbidade administrativa, o terceiro, quando beneficiário direto ou indireto, reitere-se, só pode ser responsabilizado por ação dolosa, quando tiver concorrer para a origem ilícita da vantagem e dela tiver ciência. Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 947.

é claro que a apresentação de proposta pelo licitante sem se preocupar em adequá-la aos preços praticados pelo mercado, por si só, eleve a probabilidade da prática de preços superiores aos adotados como referência para os de mercado. Nessa hipótese, assumindo-se que os preços praticados estarão normalmente distribuídos em torno de uma média, a chance de que uma proposta qualquer ser superior a esse valor médio é a mesma de ser inferior a ele. Por si só, uma oferta realizada de forma aleatória não eleva a probabilidade da ocorrência de sobrepreço.

Ainda que o licitante saiba que sua proposta seja superior à média ou à mediana dos valores praticados, caso não haja fraude, conluio, ou outras restrições à competitividade do certame, é provável que uma proposta nestes moldes seja derrotada por outra cujos valores sejam mais vantajosos para a Administração Pública, ou desclassificada, caso manifestamente incompatível com os preços de mercado. Lembre-se que o cálculo em abstrato dessa probabilidade (i.e. idoneidade para produzir o resultado) deverá levar em conta todo universo das transações com o setor público, não apenas aquelas em que são encontrados problemas – de sorte a impedir uma perspectiva enviesada do problema.

Por outro lado, a verificação da compatibilidade dos preços ofertados com os preços normalmente praticados e a desclassificação de eventuais propostas manifestamente com eles incompatíveis aplica-se tanto aos casos em que não haja fraude, quanto na hipótese em que haja combinação entre os licitantes. A omissão do agente público na coerente formação das preferências administrativas é, assim, a causa mais adequada à ocorrência do sobrepreço, a que mais eleva a probabilidade abstrata de sua ocorrência, quando comparada à oferta de preço em valores elevados por um dos licitantes.

Fundamental ressaltar que quando agente público e agente particular agem de forma independente, sem coordenarem suas condutas com a finalidade de provocar o superfaturamento por preços excessivos, elas devem ser analisadas separadamente, não como um único ato. Caso não haja vinculação ilícita entre o agente público e o particular, mas sim de condutas travadas em momentos distintos, a conduta culposa do gestor que deixa de desclassificar a proposta do licitante rompe o nexo entre esta e o alegado dano. Não se pode concluir, dessa forma, que a simples oferta do particular seja causa direta e imediata do dano ainda que contenha sobrepreço.

Ademais, somente a Administração necessita saber qual é o preço de mercado. Exigir que um licitante conheça esse valor é, na verdade, exigir que todos os licitantes, como

condição para participar do certame, empreguem recursos para obter essa informação antes de realizar a proposta⁴⁴⁹. Reitere-se que devido às dificuldades na definição do que seja o mercado relevante para cada objeto contratual, pode-se questionar a presunção segundo a qual um participante de determinado mercado sempre saiba qual é a média dos preços normalmente cobrados pelo respectivo produto, ou a mediana de todos os preços praticados naquela localidade.

Assim, mesmo que o sobrepreço fosse considerado juridicamente um dano e mesmo que fosse um erro de conduta ofertar em licitação proposta contendo valores superiores aos de mercado, não se mostraria necessário que todos os licitantes evitassem oferecer propostas com as características citadas, quando é a conduta do órgão contratante que tem condições de garantir o caráter competitivo do certame e de estabelecer critérios de aceitabilidade de preços antes da contratação. Um conjunto de possíveis agentes não deverá ser considerado como responsável se, nas mesmas circunstâncias, outro agente ou conjunto de agentes tiver melhores condições de evitar ou de minimizar o alegado prejuízo⁴⁵⁰. Assim, o dever de cuidado deve ser exigido daqueles que possam ser apontados como causadores factuais do dano (apontados pela teoria de equivalência das condições causais), mas não de todos esses agentes.

Logo, a simples apresentação de proposta sem que seja verificada a compatibilidade de seus valores com os de mercado não deverá ser considerada causa jurídica do superfaturamento por preços excessivos quando se aplica a teoria do “dano direto e imediato”, pois ainda que se considere o sobrepreço como um prejuízo, ele deve ser atribuído à parte que estava em melhor condição de evitá-lo – a própria Administração Pública. Esta procederá à responsabilização de seu agente faltoso, que tinha a missão de definir o quanto a organização estava disposta a pagar naquele insumo específico.

Observe-se ainda que a responsabilização financeira reintegratória não considera a coletividade (presentada pelo ente público) como uma vítima que poderia ou deveria ter adotado determinadas precauções para que prejuízo o qual alega não lhe fosse causado, pois se analisa apenas a conduta do indivíduo investido na condição de agente público responsável

⁴⁴⁹ Afinal, se a proposta for vencedora, o licitante deverá assinar o contrato, ou se sujeitar as sanções legais, nos termos dos artigos 64 e 81, da Lei 8.666/1993.

⁴⁵⁰ SALVADOR-CODERCH, Pablo; GAROUPA, Nuno; GOMEZ-LIGUERRE, Carlos. *Scope of liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability*. European Journal of Law and Economics, v. 28, n. 3. p. 257-287, 2009. Disponível em: <escholarship.org/uc/item/1px9k0gz.pdf>. Acesso em: 11 set. 2013. p. 277.

pela contratação. A pessoa jurídica administrativa que instituiu a TCE (antes de encaminhá-la para julgamento pelo órgão de controle externo) não é considerada como uma entidade decisória autônoma, como se a Administração Pública se resumisse ao erário composto por recursos pertencentes à coletividade, desprovido de personalidade jurídica e gerido por agentes individuais, tornando inviáveis quaisquer alegações quanto à concorrência de culpas. Essa desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica da administração como um tomador de decisão, observe-se, relaciona-se com a consideração de um contrato administrativo com sobrepreço como um fato danoso (cometido por um agente público e por um terceiro particular), não como um negócio jurídico celebrado por uma pessoa jurídica de Direito Público, válido até a declaração de sua nulidade.

De toda sorte, enfatiza-se que, quer se considere a Administração Pública como sujeito de direito e como tomadora de decisões, quer se entenda a existência apenas das condutas dos agentes públicos como gestores de um patrimônio coletivo, em ambas as abordagens o contratado pode ser considerado como “causador” do fato alegadamente danoso apenas em um sentido material e amplo. Sua atuação é uma condição da produção dos efeitos, mas, diferentemente do agente público encarregado da definição precisa das preferências organizacionais da administração, sua conduta não é a que mais influi na probabilidade da ocorrência do fato em questão, e ele não é aquele que estava em melhores condições de evitá-lo (i.e. pode fazê-lo a um custo mais baixo). Dessa forma, não há que ser considerado juridicamente como causador do ato, quando sua conduta não é dolosamente fraudulenta, cometida em conjunto com o agente público.

Conclui-se, desse modo, que não é possível se afirmar que a simples formulação de proposta com preços superiores ao valor que represente o conjunto dos preços praticados pelo mercado constitua “concurso” com o agente público, nem “concorrência” para o superfaturamento por preços excessivos em questão. Na hipótese em exame, o agente formula a proposta e esta, quando seguida pela conduta negligente do gestor público que não verifica a compatibilidade das propostas com preços de mercado, em um momento distinto, acarreta o alegado prejuízo ao patrimônio da coletividade, por direcionar a um ente particular mais recursos públicos do que aquilo que em tese seria necessário para satisfazer as necessidades coletivas. Embora o ato continue configurando um ilícito, na restrita hipótese examinada pelo trabalho, a violação a direito é praticada pelo agente público, não pelo particular contratado.

Analizadas as inconsistências nos pressupostos da imputação de responsabilidade financeira reintegratória em casos de superfaturamento por preços excessivos, de forma abstrato, é possível examinar como o problema é abordado no caso concreto pelo Tribunal de Contas da União. O terceiro Capítulo deste estudo será dedicado a essa tarefa.

III. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A RESPONSABILIDADE POR SUPERFATURAMENTO POR PREÇOS EXCESSIVOS SEM FRAUDE À LICITAÇÃO

Imputar dano por um sobrepreço sem que seja detectada nenhuma atitude do fornecedor além de realizar a oferta com valores que posteriormente sejam constatados como superiores à média ou à mediana de uma amostra recolhida no mercado é considerar danoso diretamente um resultado, não uma conduta, e implicaria a adoção de modalidade de responsabilidade objetiva não expressamente prevista pelo ordenamento jurídico. Desse modo, enquanto a responsabilidade do agente público estaria sendo aplicada de maneira subjetiva, a partir da verificação de uma atuação pelo menos culposa, esta responsabilização seria estendida ao particular sem se examinar qual dever jurídico ele teria violado.

Como não é possível se afirmar que o contratante esteja violando um direito da Administração, este capítulo aborda a possibilidade do estabelecimento, por via indireta, de uma limitação ao direito do licitante de estabelecer livremente sua proposta, fundamentada no instituto do abuso de direito e as fragilidades dessa argumentação, principalmente quanto à efetiva violação da boa-fé, dos bons costumes e dos fins sociais e econômicos desse direito (III.1). Após a apresentação das decisões selecionadas (III.2), a análise dos Acórdãos demonstra como a argumentação é deslocada da prática de ato ilícito para aquela segundo a qual o licitante abusaria de seu direito subjetivo de formular a própria proposta comercial (III.3), embora a abordagem também seja passível de crítica pela insuficiente definição quanto aos limites que teriam sido manifestamente excedidos.

III.1 A RESPONSABILIDADE FINANCEIRA REINTEGRATÓRIA COMO MODALIDADE IMPRÓPRIA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Conforme a hipótese inicial deste estudo, as dificuldades observadas na caracterização dos pressupostos do superfaturamento por preços excessivos *impedem* que a responsabilidade financeira reintegratória eventualmente imputada ao particular contratado em casos nos quais não haja outros indícios de fraude ao procedimento licitatório seja classificada como uma forma de responsabilidade subjetiva, diversamente do que postula a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Cumpre ressaltar que a distorção encontrada não se deve

simplesmente a equívocos cometidos de modo isolado na imputação de responsabilização, mas decorre dos problemas nas premissas adotadas para se alcançar tal entendimento, conforme exposto no Capítulo II.

Como aplicação de silogismo, os Acórdãos do TCU não apresentam maiores problemas em sua lógica interna. Afinal, como premissa maior, a Corte de Contas assume que a diferença entre o preço pactuado e o preço de mercado, não justificada por razões técnicas e superior a um percentual no qual a variância seja esperada, constituiria um dano ao erário. Ainda que a Administração Pública tenha consentido com esse preço mediante a celebração de um contrato administrativo, sua vontade estaria viciada e incompatível com o interesse público, no mínimo pela imprudência culposa do agente público responsável por manifestá-la. Como o fato em questão não teria sido produzido sem a participação do particular contratado, considera-se que ele tenha, de algum modo, concorrido para o apontado dano.

A premissa menor, por sua vez, é que o terceiro que, agindo como contratado ou interessado, de qualquer modo haja concorrido para o ato ilegítimo ou antieconômico danoso ao erário praticado por agente público, será responsabilizado solidariamente a este. A partir de tais premissas, evidentemente se impõe como conclusão a responsabilização do particular contratado, ao qual seria imputado débito ainda que não tenha havido fraude, nem cometida conjuntamente com agente público corrupto para direcionar o certame, nem a partir de um acordo colusivo entre os licitantes. Caso as premissas não sejam sujeitas a questionamento, não se poderia chegar a outra conclusão pelo raciocínio subsuntivo.

Entretanto, para que uma responsabilidade imputada a um agente que “de qualquer modo haja concorrido” para o dano seja considerada subjetiva, é necessário que a conduta em questão seja reprovável, culposa em sentido amplo, de modo a qualificar o ato como um ilícito. A situação parece clara quando o particular efetivamente participa de fraude à licitação, mediante ajuste ilícito entre os licitantes ou entre um deles e o agente público, mas, conforme visto no Capítulo II, não há sentido em se alegar a existência de “dolo” em prejudicar alguém, seja um indivíduo seja o ente público, na simples vontade em receber a máxima retribuição possível pela sua prestação em um negócio jurídico. Também não há sentido em se alegar a existência de culpa em sentido estrito, pois para tanto seria necessário que o particular, ainda que não movido pela intenção de lucrar “indevidamente”, tivesse o dever preexistente de evitar a oferta de um preço superior à média daqueles praticados no mercado, a qual ele conhece ou teria a obrigação de conhecer. A hipótese não apenas vai

contra a natureza da atividade empresarial, mas pressupõe que o sobrepreço é um dano e confunde a reprovação da conduta com seu próprio resultado lesivo.

Não é possível, assim, definir a violação de nenhum dever preexistente, e, ainda que se entendesse o sobrepreço executado como um dano, a conduta do particular contratado também não causaria nenhuma violação de direito da Administração Pública, não configurando ato ilícito nos termos do art. 186 do Código Civil. De pouco adiantaria a contratação ser considerada pelo órgão de controle como um ato antieconômico, pois, uma vez que o julgamento de contas necessita analisar os aspectos objetivo e subjetivo da gestão, o ato configurará fundamento de julgamento pela irregularidade apenas quando resultar de uma conduta dolosa ou culposa do agente público. Nesse caso, terá ocorrido um vício na formação da manifestação de vontade administrativa, e poderá ensejar a anulação do processo licitatório e do contrato dele decorrente. A insubsistência da manifestação de vontade do ente público, por sua vez, possibilitará a instauração de Tomada de Contas Especial, mediante a qual poder-se-á proceder à responsabilização de quem lhe deu causa.

Dessa forma, simplesmente alegar a existência de um dano e imputar o dever de ressarcir-lo a um agente que não tenha atuado de forma a efetivamente prejudicar o ente público, sem a definição de um dever jurídico, implica a adoção de uma modalidade de responsabilidade objetiva sem previsão legal expressa e de forma contraditória à própria jurisprudência da Corte de Contas. Estabelecer uma regra de responsabilidade objetiva costuma eliminar o peso atribuído à ilicitude (em sentido estrito) na conceituação do dano, pois, se não há culpa ou dolo, passa a existir no máximo uma antijuridicidade (ilicitude em sentido amplo) referente ao resultado do comportamento, à geração do dano em si⁴⁵¹.

Uma forte razão para a adoção da responsabilidade extracontratual objetiva ocorre quando o método mais eficiente para a prevenção dos danos for a redução do nível no qual uma determinada atividade é desempenhada. Essa situação se verifica quando determinados acidentes não podem ser prevenidos de forma adequada pela adoção de medidas de precaução pelas partes envolvidas⁴⁵², de modo que a atividade em questão implica risco para os direitos

⁴⁵¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 107.

⁴⁵² Normalmente, o rótulo de “atividade de risco” é aplicado a atividades exploradas há relativamente pouco tempo, as quais tendem a ser arriscadas pelo fato de não haver ainda experiência para se afirmar quais medidas de precaução efetivamente diminuem a ocorrência e a gravidade dos danos. Enquanto tal situação não se altera, a maneira mais eficiente de se diminuir a quantidade e a gravidade dos acidentes é simplesmente diminuir a escala da atividade, até que a curva de aprendizagem permita controlar os riscos com mais eficácia. Por outro lado, quando a forma mais eficiente de se evitar a ocorrência de acidentes for diminuir o nível de

de outrem. A responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, entretanto, é aplicável apenas a acidentes, não à impugnação da divisão do excedente em uma contratação⁴⁵³. Nesse caso, há uma falha apenas do agente público, que atua de modo negligente e termina por não atender os interesses daquele a quem representa (o ente público), muito embora tivesse instrumentos à sua disposição⁴⁵⁴.

A Lei 12.846/2013 prevê a responsabilização objetiva para as pessoas jurídicas que praticam ato contra a Administração Pública⁴⁵⁵, tendo em vista não será necessário averiguar a existência de vínculo de ordem subjetiva entre a pessoa natural e a pessoa jurídica favorecida pelo ato lesivo⁴⁵⁶. Embora a presença de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de ética seja levada em consideração na aplicação das sanções administrativas⁴⁵⁷, a pessoa jurídica beneficiada não poderá eximir-se de responsabilidade alegando que teria tomado precauções eficientes para monitorar o comportamento de seu agente ou que seu representante teria exorbitado de seus poderes legais. Entretanto, ainda que no processo administrativo

atividade das vítimas em potencial, existe um forte argumento para a adoção da regra de “ausência de responsabilidade” (como nos casos de praticantes de esportes radicais). Ver: POSNER, Richard Allen. *Economic analysis of law*. 8. ed. New York: Aspen, 2011. p. 228-229.

⁴⁵³ “448. Art. 927: A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência” (AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado de. (org.) *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CFJ, 2012. p. 74. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2015).

⁴⁵⁴ Além da pesquisa de preços de mercado na fase interna da licitação e da desclassificação das propostas em desacordo com esses valores, há diversas outras medidas de precaução que podem e devem ser tomadas pelos agentes públicos responsáveis pela contratação administrativa. Ver: CECCATO, Marco Aurélio. *Carteis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate*. In: BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico. VII Prêmio SEAE 2012 – Advocacia da Concorrência e Regulação Econômica. Brasília: SEAE, 2012. Disponível em <www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2012/livro-2012/3-lugar-tema-1>. Acesso em 15 nov. 2014; ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. [s.l.]: OCDE, 2009. Disponível em: <portal.mj.gov.br>. Acesso em: 24 out. 2014; BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis em licitações*. Brasília, 2010. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2014.

⁴⁵⁵ BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

⁴⁵⁶ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR. Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. Saraiva: 2014, p. 53.

⁴⁵⁷ BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

vigore o princípio da atipicidade⁴⁵⁸, o texto normativo da Lei 12.846/2013 estabelece um elenco exaustivo de condutas dentre as quais não se inclui a simples oferta de proposta com sobrepreço em licitação. Assim, a pessoa jurídica passará a responder de forma objetiva pela conduta de seu agente, mas essa conduta estará claramente definida como contrária ao ordenamento jurídico (v.g., como “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público” e “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente”⁴⁵⁹).

Além da responsabilidade pelo risco (art. 927, parágrafo único), o Código Civil de 2002 apresenta outra modalidade de ato ilícito que não requer a ocorrência de culpa em sentido amplo. Segundo o artigo 187 do CC/2002, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Da mesma forma que a responsabilidade pelo risco, a responsabilidade por abuso de direito ultrapassa os limites da ilicitude (subjativa) e entra no domínio da antijuridicidade⁴⁶⁰, mas, diversamente da responsabilização por ato ilícito culposo, o instituto parte de uma concepção não individualista, mas sim funcional do Direito. Seu objetivo é evitar que o titular do direito utilize sua prerrogativa com uma finalidade distinta daquela da qual seria destinada, mediante a prática de um ato formalmente legal mas substancialmente em rota de colisão com o conteúdo axiológico dessa norma⁴⁶¹. Os fins que o agente visa alcançar fazem com que uma determinada atuação, em regra considerada lícita,

⁴⁵⁸ Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “no direito administrativo, existe a exigência de antijuridicidade, que constitui aplicação do princípio da legalidade, significando que o ilícito administrativo tem que ter previsão legal. No entanto, a tipicidade nem sempre está presente, tendo em vista que muitas infrações administrativas, ainda que previstas em lei, não são descritas com precisão, ou seja, não correspondem a um modelo definido em lei” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011).

⁴⁵⁹ BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...] IV), no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

⁴⁶⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 393.

⁴⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 160.

passee a ser tida como contrária ao Direito, de modo a impedir que alguém venha a exceder manifestamente os poderes contidos em um direito seu⁴⁶².

Desse modo, conquanto a jurisprudência predominante do órgão de controle externo assevere que a responsabilidade financeira reintegratória é sempre subjetiva, a dificuldade na caracterização de seus elementos nos casos especiais nos quais não existem outros indícios de fraude faz com que sejam adotados elementos narrativos distintos nas decisões. Não há uma tratativa sistemática do assunto nos Acórdãos, mas a construção dos argumentos decisórios passa a utilizar conceitos, valores, institutos e princípios referentes à responsabilização por abuso de direito.

Vale lembrar que o instituto é tratado pelo Código Civil como *princípio geral*, aplicável a todas as áreas do Direito⁴⁶³, inclusive às contratações administrativas e aos procedimentos licitatórios, pois a expressão abrange todo e qualquer direito subjetivo cujos limites tenham sido excedidos⁴⁶⁴. Enquanto a responsabilização subjetiva por ato ilícito depende da efetiva violação a um direito da vítima (art. 186, CC/2002), a responsabilização por ato abusivo não precisa configurar violação frontal ao direito de outrem, nem de norma jurídica tuteladora de interesse alheio. Nesse caso, bastaria apenas que o ato contrariasse objetivamente o ordenamento jurídico, o que pode ocorrer com a violação de dispositivo expresso de lei, ou mesmo da simples “finalidade da lei”⁴⁶⁵.

⁴⁶² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 393.

⁴⁶³ “414. A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, do devido processo legal e da proteção da confiança, aplicando-se a todos os ramos do direito” (AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado de (org.). V *Jornada de Direito Civil*. Brasília: CFJ, 2012. p. 414. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2015). Saliente-se, ademais, que a acolhida do abuso de direito como um princípio geral está inserida em um contexto de elevação dos poderes jurisdicionais: conforme o Código Civil de 2002, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos de seu lugar de celebração, a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, e os contratantes são obrigados a guardar na execução e na conclusão do contrato, os princípios de probidade e boa-fé. Na aplicação dos referidos dispositivos, o julgador precisará aplicar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ponderando valores e os interesses das partes. v: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 164.

⁴⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 163.

⁴⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 81. Em sentido análogo, Luiz Guilherme Loureiro entende que no ato abusivo, não há necessariamente um ataque ou lesão a direito alheio, e a decisão não é derivada de uma norma legal vigente, mas busca respaldo em princípios gerais do direito como a boa-fé e os bons costumes. Assim, no ato ilícito violar-se-ia um direito adquirido (lesão a direito), enquanto no ato abusivo violar-se-ia um interesse não expressamente protegido pela norma jurídica. Ver: LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 256. Por sua vez, Sérgio Cavalieri deixa claro que o ato abusivo não configure violação *frontal* ao direito de outrem, nem de norma

Segundo essa premissa funcional, o contratado teria direito a lucros “normais”, que remunerassem seu capital investido e sua capacidade empreendedora, mas não a lucros exagerados, excessivos. Nesse sentido, “não se caracteriza como excessivo o preço que ultrapassa o custo, uma vez que o sistema jurídico tutela e protege o direito ao lucro, desde que se situe em patamares razoáveis”⁴⁶⁶. O contratante não teria a obrigação de fornecer insumos e utilidades a preço de custo, entendendo-se que sua atividade seria valorosa e deveria ser remunerada mas que não poderia haver abuso nessa remuneração. Da mesma forma que o preço de mercado seria um parâmetro objetivo de valor para o objeto da prestação contratual, seria em tese possível constatar um padrão socialmente definido que, embora não permitisse a definição em abstrato de uma taxa específica de lucro merecida pelo contratado, possibilitasse a detecção de casos nos quais os limites eventualmente impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes tivessem sido extrapolados.

Lembre-se que os limites precisariam ser impostos pelo fim econômico e social do direito em questão, pela boa-fé objetiva e pelos bons costumes, e que a ofensa a esses limites precisa ser manifesta. É difícil, entretanto, determinar quais seriam esses patamares razoáveis, de modo a definir qual seria o limite à liberdade negocial do agente particular contratado a ser observado na elaboração de proposta em procedimento licitatório.

III.1.1 Limites impostos pelo fim econômico e social do direito

A discussão obrigatoriamente se desloca para a definição do que seria a “finalidade econômica e social” do direito à liberdade negocial e da prerrogativa de realizar livremente sua proposta comercial. Pode-se conceituar fim econômico do direito como o proveito material que seu exercício trará para o respectivo titular, ou a perda que este suportará pelo seu não exercício⁴⁶⁷. Nesse sentido, utilizar a liberdade de elaborar a própria proposta como forma de maximizar o retorno auferido na negociação é utilizá-la conforme sua finalidade, principalmente quando se compreende que esta não decorrerá da simples cobrança de preços elevados, mas sim da realização de proposta que possa sair vencedora de um processo licitatório sem fraude. Frisa-se, ademais, que “o fenômeno econômico está na raiz do contrato. Não poderá o titular de um direito contratual ir contra essa finalidade econômica, porque seria

tuteladora de interesse alheio (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.163).

⁴⁶⁶ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 227.

⁴⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 165.

contrariar a própria natureza das coisas”⁴⁶⁸, pois apenas o licitante, não a Administração Pública ou o órgão de controle, tem informações adequadas para definir o próprio preço de reserva.

Observe-se, entretanto, que a doutrina jurídica nacional se aproxima de certo consenso quanto ao sentido da “função social do contrato” prevista no Código Civil de 2002. Esta seria a expressão, no âmbito contratual, dos ditames da justiça social, no fenômeno referido como constitucionalização do Direito Privado, mediante o qual institutos tradicionalmente pertencentes ao Direito Civil passam a ser informados por princípios distributivistas, típicos do Direito Público⁴⁶⁹. Seria vista, assim, como uma limitação ao princípio da liberdade contratual (autonomia privada), visto como de índole individualista e incompatível com o ordenamento de um Estado de Bem-Estar Social, o qual deveria garantir a predominância dos interesses coletivos sobre os individuais⁴⁷⁰.

Para essa perspectiva, uma vez que os acordos somente refletiriam a desigualdade social existente, o Estado deveria proteger a parte mais fraca na relação por meio da regulação contratual (dirigismo), em um modelo de visão coletivista no qual os contratos não são resultado da vontade das partes, mas sim um fato social orgânico, e a liberdade contratual não apenas seria fictícia frente à diferença entre o poder de barganha das partes, mas também um argumento para legitimar a submissão da parte mais fraca⁴⁷¹. Nesse sentido, afirma-se que a previsão constante do art. 421 do Código Civil de 2002 retiraria o contrato da perspectiva individualista que teria sido adotada pelo Código Civil de 1916, modificando seu eixo interpretativo e garantindo que a iniciativa das partes contratantes seja recebida pelo

⁴⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 165. O autor informa ainda que os casos mais comuns de abuso de direito na área contratual envolvem a rescisão unilateral de contratos de representação comercial, a prestação de serviços por prazo indeterminado, a dispensa de empregados para evitar que se complete o tempo necessário à obtenção de direitos; a recusa de estabelecimento de ensino em conceder documentação para a transferência de aluno inadimplente; e, no direito societário, a abusividade de requerimento de falência de uma empresa em casos que se mostraria suficiente a execução da obrigação, ou nos casos de ações de dissolução total da sociedade, formuladas pelo sócio que se retira, no lugar de pretender a dissolução parcial, menos gravosa. Observe-se que são situações manifestamente distintas da proposta comercial em valores superiores a determinado padrão entendido como representativo das transações de um mercado.

⁴⁶⁹ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 73-74.

⁴⁷⁰ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 74.

⁴⁷¹ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 75.

ordenamento apenas quando satisfaça os propósitos e valores que o sistema teria escolhido e protegido, no interesse comum⁴⁷².

O contrato, dessa forma, deveria ter efeitos distributivos, garantindo que as contratações sejam justas e socialmente úteis, somente se justificando quando promova o acesso a bens de consumo e a serviços⁴⁷³. Essa função necessariamente integraria o próprio conceito de contrato, fazendo com que o ato de vontade só viesse a receber tutela jurídica quando considerado socialmente útil e promotor de valores constitucionais como a dignidade humana. Esta vontade não ficaria excluída do processo formador do contrato, mas a origem do efeito normativo estaria no próprio ordenamento, o qual o condicionaria à verificação da consonância do ato de iniciativa da parte às escolhas e valores do sistema⁴⁷⁴.

Entretanto, segundo esse ponto de vista, pessoas que se comportam como indivíduos racionais estariam se comportando como seres egoístas e antissociais, e uma vez que a solidariedade não estaria sendo praticada espontaneamente, ela precisaria ser imposta pela coletividade. Nesse modelo solidarista, a função do contrato seria promover a solidariedade, corrigir o desequilíbrio de poder no contrato e distribuir o resultado econômico entre as partes, o que não ocorreria mediante a livre barganha na qual a parte mais forte subjugaria a mais fraca⁴⁷⁵.

É questionável, todavia, em que medida a Administração Pública poderia ser qualificada como “parte mais fraca” apenas por ser adquirente, e não fornecedora, dos bens, serviços e obras que entende úteis à prestação de serviços públicos. Tendo em vista as diferenças entre a contratação particular e a contratação administrativa, o Estado tem à sua disposição diversas cláusulas exorbitantes que o colocam em posição de superioridade em

⁴⁷² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 119.

⁴⁷³ Segundo Claudio de Godoy, dessa forma “[...], sob seu aspecto de promoção do solidarismo, o contrato, na sua feição atual, deve ter efeito distributivo, o que significa também compreendê-lo como instrumento não só da racionalização da atividade econômica, mas tendo, além desse, como objetivo maior, o de garantir e mesmo facilitar o acesso ao consumo. [...] Portanto, em resumo, o solidarismo social ostenta um primeiro contorno, que vale para quaisquer das relações jurídicas, paritárias ou não, de justamente, preservar uma substancial igualdade entre as partes, garantindo que suas contratações sejam justas e, mais, marcadas pelo padrão e exigência de colaboração entre os contratantes, assim socialmente úteis, enquanto palco de prestígio das escolhas valorativas do sistema. De outra parte, significa também a promoção da justiça distributiva, quando fomenta o acesso a bens e serviços, em especial, embora não só, ao se cuidar de relações profissionais e, aí, intrinsecamente desiguais” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 129).

⁴⁷⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 191.

⁴⁷⁵ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 76.

relação ao contratado. O ente público possui uma capacidade de pagamento mais elevada do que a do fornecedor, o que impede a alegação de desequilíbrio de poder de barganha.

É normal que o adquirente detenha menos informação sobre o produto ou serviço que está sendo adquirido ou prestado, quando comparado com o fornecedor. Entretanto, é o administrador que especifica a utilidade que atenderá à necessidade pública, tendo a obrigação de equilibrar nessa tarefa a adequação aos fins desejados e o não estabelecimento de barreiras à entrada de competidores. Quanto aos preços praticados pela utilidade em questão, mesmo que se presuma que sejam, em média, previamente conhecidos pelo licitante, eles podem também ser conhecidos também pelo adquirente de modo relativamente fácil, de modo a descaracterizar a assimetria e a vulnerabilidade em questão.

Mesmo para o paradigma dirigista, a proteção garantida pela função social do contrato como mecanismo de preservação do equilíbrio contratual recai não sobre a estipulação direta de preços contratuais, mas sobre a vedação a cláusulas contratuais abusivas, entendidas como aquelas marcadas pela unilateralidade, como posição de força e superioridade de uma das partes contratantes⁴⁷⁶. Mesmo quando se defende o modelo dirigista, assim, é possível se afirmar que cláusulas geradoras de desigualdade podem ser aceitas contanto que tenham sido desejadas, efetivamente ajustadas e entabuladas em conformidade com a natureza do contrato que se consuma⁴⁷⁷. Por fim, ressalte-se que a descrição de “cláusula contratual abusiva” apresenta uma interseção com a de “cláusulas exorbitantes”, sem que por isso se possa afirmar a invalidade destas, em função do princípio da supremacia do interesse público.

A função social do contrato atua também quando presentes interesses metaindividuais, diante de interesses individuais relativos à dignidade da pessoa humana, e ultra partes, emanando efeitos sobre terceiros não integrantes da relação contratual⁴⁷⁸. Embora os interesses de todos aqueles governados por um ente público estejam sendo afetados em um contrato administrativo, isso não caracteriza um interesse metaindividual, pois a Administração Pública age como um único sujeito de direitos e obrigações. Não há efeitos externos, os quais as partes teriam desinteresse em considerar na estipulação dos preços contratuais e que portanto necessitariam de proteção por uma autoridade externa.

⁴⁷⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 31.

⁴⁷⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 51.

⁴⁷⁸ MACHADO DE MELO, Diogo L. *Cláusulas Contratuais Gerais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 188-189.

Assim, não é possível se afirmar que a função social do contrato, ainda quando empregado o paradigma distributivo, solidarista e dirigista contratual, autorize a classificação da oferta de preços mais elevados que a média de mercado como uma postura por si só abusiva, quando não há fraude ao procedimento licitatório.

Em uma perspectiva socioeconômica, ademais, o contrato não é um elo solidário entre pessoas vivendo em sociedade, mas uma transação de mercado, na qual cada parte se comporta de acordo com os seus interesses, como se estivesse adotando estratégias em um jogo no qual uma parte irá cooperar com a outra na medida em que puder desfrutar de algum benefício proporcionado por essa interação⁴⁷⁹. Reconhece-se a existência de interesses coletivos dignos de tutela, mas em uma transação econômica, as partes contratantes são e devem ser individualistas. Para criar valor, um bem econômico deve circular em direção à parte que mais os valorize, e de modo geral os próprios indivíduos e organizações são aqueles que sabem o que é melhor para eles⁴⁸⁰.

É possível se afirmar ainda que o critério para a determinação do fim econômico de um direito subjetivo seria a utilidade desse direito para a sociedade⁴⁸¹, de forma que a utilidade econômica para o titular deveria ser compatibilizada com a utilidade econômica para a comunidade. Subsiste, porém, o problema de se estabelecer uma medida para comparação interpessoal de utilidades que não sejam as preferências individuais ou organizacionais reveladas pela realização da transação (cf. Capítulo II.2.1). De toda sorte, é de se salientar também que fim social não se confunde com fim coletivo. É possível, por outro lado, que o fim social de um determinado direito subjetivo seja a proteção de um interesse individual, inclusive contra a coletividade⁴⁸².

A liberdade contratual, dessa forma, teria sua função social na restrição da intervenção estatal aos casos nos quais não seja possível se afirmar que um contrato representa um ganho para a sociedade como um todo. Nos contratos que geram efeitos externos, com os quais as partes contratantes não tinham incentivos para se preocupar, há um efetivo risco de que a

⁴⁷⁹ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 80.

⁴⁸⁰ TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 83.

⁴⁸¹ MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 149.

⁴⁸² MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 149.

coletividade venha a ser prejudicada pela celebração da avença. Quando o contrato gera efeitos apenas para aqueles que o celebram, entretanto, a presunção de que sua realização tenha implicado uma melhoria no bem-estar social é afastada apenas quando se constata que a manifestação de vontade de uma das partes foi prejudicada. É a partir de tal premissa que se impõe o questionamento sobre a validade do contrato e a responsabilização de quem lhe deu causa.

Assim, a conclusão de que o contrato não atendeu a sua função social pode ser adotada somente a partir da desconformidade, ainda que elevada, entre o preço contratual e o preço mediano de mercado. Ela só será possível quando se constata, a partir de fatos comprobatórios ou indiciários dentre os quais a diferença de preços em questão, que a atuação do terceiro contratado prejudicou a manifestação de vontade da entidade administrativa, de modo a provocar sua invalidade.

III.1.2 Limites impostos pela boa-fé

A oferta de preço em desconformidade com o parâmetro de mercado poderia representar ofensa aos limites impostos pela boa-fé. Esclareça-se, inicialmente que a boa-fé a que o instituto do abuso de direito se refere não é a boa-fé subjetiva, mas sim a boa-fé objetiva, parâmetro de conduta considerada correta, que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais, e que desempenha três funções no atual Código Civil: i) a função de regra de interpretação dos negócios jurídicos⁴⁸³; ii) a função integrativa, de fonte de deveres anexos dos contratos⁴⁸⁴; e (iii) a função de controle, de limite ao exercício de direitos subjetivos, nos termos do artigo que disciplina o abuso de direito⁴⁸⁵.

Representa, assim, um padrão ético de confiança e lealdade indispensáveis para a convivência social, pois a expectativa de comportamento adequado por parte do outro seria um componente indispensável em uma relação jurídica. O princípio da boa-fé objetiva considera-se violado sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com a lealdade e a confiança esperáveis⁴⁸⁶. Uma vez que é fonte de direitos anexos como lealdade,

⁴⁸³ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁴⁸⁴ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 170.

⁴⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 170.

colaboração, e respeito às expectativas legítimas do outro sujeito da relação jurídica, a boa-fé objetiva limita a liberdade individual do destinatário desses deveres, e constitui critério de identificação do abuso de direito, pois, ao estabelecer os limites ao exercício dos direitos subjetivos, indica que estes constituem critérios para seu exercício⁴⁸⁷.

Lembre-se que o superfaturamento por preços excessivos materializa-se apenas com o pagamento pelos produtos e serviços prestados, mas a conduta do particular que lhe serve de condição necessária ocorre durante a fase licitatória, antes mesmo da celebração do contrato. A cláusula geral de boa-fé objetiva pode impor obrigações aos contratantes na fase pré-contratual, dentre as quais, porém, não se encontra a de realizar somente ofertas compatíveis com o valor praticado em outras transações relativamente similares⁴⁸⁸. A boa-fé objetiva cria também o dever de informação, obrigação de comunicar à outra parte as características e as circunstâncias do negócio e do bem jurídico, de modo a minimizar a dificuldade que uma parte tenha em obter a informação necessária à adequada formação de suas preferências. Este dever de fornecer informações sobre o produto e sobre o negócio não implica o dever de fornecer informações sobre outros negócios celebrados por outros contratantes, seus concorrentes.

Há o dever de confiança recíproca, mas a eventual confiança depositada por uma das partes de que a outra lhe ofertará preços, em média, iguais ou inferiores aos de mercado deverá ser considerada exagerada, portanto desprovida de proteção pela ordem jurídica. A realização de oferta de preços sem se preocupar com as demais transações de mercado, ademais, também não constitui comportamento contraditório, nem exercício de prerrogativa após longo tempo de omissão (“*supressio*”), nem conduta especialmente destinada apenas a prejudicar a parte contrária, atitudes vedadas pelo princípio da boa-fé objetiva em seara contratual⁴⁸⁹. Desse modo, também não é possível se afirmar que a realização em processo

⁴⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 155.

⁴⁸⁸ O descumprimento da cláusula de boa-fé objetiva antes da celebração do contrato pode gerar responsabilidade pré-contratual da parte que o violou. Os casos de culpa *in contrahendo*, todavia, referem-se à indenização por danos materiais e morais diante da expectativa legítima de realização da transação realizada pelas tratativas iniciais, não implicando obrigação de ofertar ao contratante preços de alguma forma compatíveis com os de mercado. Ver: LOPES, Christian Sahb Batista. *Responsabilidade pré-contratual: subsídios para o direito brasileiro das negociações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Para a responsabilidade pré-contratual em sede de contratação administrativa, ver: COUTO E SILVA, Almiro. do. *Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no Direito Administrativo brasileiro*. Revista da Procuradoria Geral do Estado. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. v. 27, n. 57, pp. 171-180, 2004. Disponível em: <www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2015.

⁴⁸⁹ “412. Art. 187: As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva”

licitatório de oferta contendo preços superiores aos de mercado represente ofensa manifesta ao princípio da boa-fé objetiva em sede contratual.

III.1.3 Limites impostos pelos bons costumes

Os bons costumes representam as concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade; o conjunto de regras de convivência que, em um dado ambiente e em certo momento, as pessoas consideradas honestas e corretas praticariam. Haverá abuso de direito, assim, quando seu titular contrariar a ética dominante, atentando contra hábitos aprovados pela sociedade, aceitos pelo homem médio⁴⁹⁰. Os bons costumes previstos no art. 187 do Código Civil possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época; e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva⁴⁹¹.

Tanto os comportamentos desejados pela maioria da sociedade (critério sociológico), quanto determinados valores imanes do ordenamento jurídico (critério axiológico) servem para determinar o conteúdo e o significado dos bons costumes⁴⁹². O comportamento não deverá somente ser desejável pela maioria da sociedade, mas também pelo menos não ser contraditório com os valores éticos fundantes do ordenamento jurídico, cuja expressão é determinada pela eficácia dos direitos fundamentais⁴⁹³.

A violação capaz de gerar o abuso do direito, entretanto, refere-se ao costume jurídico, o qual possui o caráter da exigibilidade, e resulta de dois elementos: o uso continuado e a convicção de sua obrigatoriedade. Um contrato não é ofensivo aos bons costumes quando um indivíduo busca maximizar seus ganhos, mas sim quando uma das partes se compromete a observar uma conduta imoral, ou quando um ato que só deveria obedecer a razões de

(AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado de (org.) *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CFJ, 2012. p. 74. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2015).

⁴⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 171-172.

⁴⁹¹ “413. Art. 187: Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva” (AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado de (org.) *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CFJ, 2012. p. 74. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2015).

⁴⁹² MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 161.

⁴⁹³ MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 161.

consciência é condicionado a uma prestação em dinheiro⁴⁹⁴. O contrato contraria os bons costumes quando seja uma das partes o celebra para explorar a situação econômica comprometida da outra, impondo-lhe condições opressivas⁴⁹⁵. Note-se que se está tratando de “bons costumes”, não simplesmente de “costumes”, os quais são fonte subsidiária do direito e critério para interpretação do negócio jurídico, mas não limite ao exercício de direito subjetivo⁴⁹⁶.

Pelo critério sociológico, correspondente à conduta considerada desejável e normalmente praticada pelos indivíduos na sociedade, não é possível se afirmar que a apresentação de proposta destinada a maximizar o retorno seja propriamente ofensiva aos bons costumes, por ser conduta adotada por todo vendedor e considerada inerente à atividade comercial ou à prestação de serviço. Pelo critério axiológico, por outro lado, também não é possível se afirmar que a conduta viole as concepções jurídicas socialmente dominantes, pois não afeta a dignidade da pessoa humana ou os demais direitos fundamentais⁴⁹⁷. O argumento também não é afastado pelo fato de o agente estar tratando com um ente público em uma contratação administrativa, uma vez que isso não implica mudança na sua atividade socioeconômica, mas apenas que a relação jurídica será disciplinada por normas jurídicas específicas dentre as quais se encontram as diversas cláusulas exorbitantes, mas não a obrigação moral de praticar preços abaixo daqueles que venha a considerar como remuneração adequada.

Embora seja intuitivo considerar que, em circunstâncias normais, o ente público tenha o dever de contratar de modo a possibilitar uma prestação de serviços públicos compatível com os recursos arrecadados (cf. o princípio da economicidade esculpido no art. 70 da CF/1988), é possível se inferir que, quando a situação ideal não ocorre, a reprovação deve recair sobre o fato de esse sobrepreço eventualmente não ser resultado de um processo licitatório isonômico e concorrencial, mas de um favorecimento obtido a partir de um ajuste ilícito um ou mais dentre os licitantes e gestores. Seriam necessários estudos e pesquisas específicas para se asseverar que o sentimento jurídico socialmente dominante consideraria

⁴⁹⁴ Nesse sentido Keila Ferreira dá notícia da lição de Karl Larenz sobre o tema. Ver: FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 233.

⁴⁹⁵ FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 233.

⁴⁹⁶ MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 157.

⁴⁹⁷ É de se ressaltar que a conclusão não é afastada pela prevalência do modelo solidarista e distributivista que, conforme analisado, tornou-se quase consenso dentre a doutrina brasileira sobre direito contratual, uma vez que o conceito de “concepções socialmente dominantes” não se confunde com o de “concepções doutrinariamente dominantes”.

que um agente econômico devesse, em qualquer situação, praticar preços necessariamente compatíveis com o de transações similares realizadas pelos demais participantes do mercado.

Pode-se afirmar, a partir do próprio ordenamento jurídico, que a conduta ser considerada reprovável, incorreta e desonesta é a exploração de fragilidades do adquirente decorrente de assimetrias de informação (indução do comprador a erro, omissão perante um evidente equívoco do comprador quanto ao objeto da transação, propaganda enganosa, omissão de vício redibitório) ou o oferecimento de proposta sem intenção de cumpri-la. Quanto à exploração da situação econômica comprometida da parte, também se consideram reprováveis a cobrança de preços manifestamente mais elevados que o normal quando o adquirente está em premente necessidade, ou quando é inexperiente, ou quando precisa evitar grande dano a si mesmo ou à sua família. Não por outro motivo, por outro motivo, estas figuras foram incluídas como vícios do negócio jurídico no Código Civil de 2002.

Conclui-se, desse modo, que tentar evitar as inconsistências encontradas na imputação de responsabilidade por superfaturamento por preços excessivos em que não haja conduta fraudulenta mediante a caracterização do simples oferecimento de proposta em licitação não como uma conduta ilícita, mas uma conduta abusiva, também se mostra uma empreitada problemática. Ainda que haja uma manifesta diferença entre o preço ofertado e o preço considerado como representativo de mercado, não é possível classificar a conduta em questão como uma manifesta violação à finalidade social e econômica do direito, à boa-fé e aos bons costumes. Cumpre ainda, entretanto, verificar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, analisando-a em seus elementos narrativos, os conceitos e argumentos empregados para imputar a responsabilidade do particular em caso de superfaturamento por preços excessivos em casos nos quais não é detectada fraude à licitação.

III.2. AS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SELECIONADAS PARA ANÁLISE

Para testar as ideias apresentadas, foram selecionadas algumas decisões do Tribunal de Contas da União, as quais dispuseram sobre superfaturamento por preços excessivos. Foram encontradas, entretanto, poucas decisões que não envolvessem fraude ao procedimento licitatório, cometida em conjunto com o agente público ou fruto do comportamento colusivo dos licitantes. Ressalta-se que o Relatório, o Voto condutor e a parte dispositiva de cada

Acórdão mencionado encontram-se disponíveis na página eletrônica do Tribunal de Contas da União.

Vale lembrar que a pesquisa realizada não envolveu casos classificados como “jogo de planilha”, uma vez que este requer uma conduta distinta daquela praticada por todo agente econômico racional participante de um mercado e não se resume a ofertar um preço que o comprador tenha ampla possibilidade de aceitar ou recusar. Em tais casos, a partir das alterações contratuais realizadas durante a execução, é possível se inferir que o contratado tenha apresentado uma proposta a qual não estava efetivamente disposto a cumprir, destinada somente a induzir a Administração Pública a acreditar que sua parcela de excedente contratual seria superior àquela a qual teria se contratasse com um dos outros licitantes⁴⁹⁸. Logo, os casos de “jogo de planilha”, no qual há efetivamente uma conduta comissiva do particular destinada a obter uma vantagem que originalmente não lhe havia sido conferida, não foram objeto do presente estudo.

Uma vez que também foram excluídas da pesquisa diversas decisões nas quais se constatarem outros indícios de fraude ao processo licitatório, acordo colusivo entre os participantes ou direcionamento a um licitante específico, nem inexecuções contratuais representadas pelas figuras tradicionais do “superfaturamento de quantidades” e “superfaturamento de qualidades”, a responsabilização por “superfaturamento de preços em sentido estrito” acaba por não se revelar uma distorção tão comum. É possível que as licitações nas quais não ocorra fraude, colusão ou manipulação contratual simplesmente não costumem produzir preços superiores aos adotados como referenciais de mercado, pelo próprio funcionamento adequado do certame como mecanismo simulador da concorrência mercadológica. Nesses casos, mesmo que o agente público seja descuidado com sua obrigação de desclassificar propostas cujo valor seja incompatível com o mercado, a concorrência entre os licitantes pode ser suficiente para afastá-las, gerando uma contratação vantajosa para o ente público.

⁴⁹⁸ Recorde-se que, nesses casos, uma vez celebrada a avença, o particular alega a inviabilidade de cumprir o pactuado e recorre aos mecanismos da Lei 8.666/1993 para alteração contratual, acrescentando e retirando insumos de modo a maximizar sua parcela do excedente à custa da vantagem antes pactuada à Administração (Cf. Capítulo I.2.a). Em tese, nesses casos, a Administração poderia também não realizar a alteração contratual, suspender a execução do contrato, buscar sua anulação e realizar nova licitação, e tenderá a fazê-lo quando os custos dessas medidas forem inferiores à diminuição em seu excedente originalmente pactuado. Diferentemente do superfaturamento por preços excessivos em sentido estrito, a conduta do licitante faz incidir sobre a Administração um custo que ela não havia originalmente se comprometido a suportar, prejudicando sua manifestação de vontade após ela ter sido produzida.

Ademais, nos casos em que ocorrem preços apenas ligeiramente superiores aos de mercado, é pouco provável que esse sobrepreço seja detectado e que enseje a instauração de TCE. Mesmo que o processo seja instaurado, o contratado pode também ser eximido de responsabilidade logo na fase interna do processo de TCE, conduzida perante o próprio órgão ou entidade administrativa e pela CGU. O processo não seguirá para julgamento pelo TCU caso o débito tenha valor inferior a um determinado patamar (atualmente, da ordem de R\$ 75.000,00), por razões de economia processual⁴⁹⁹. Finalmente, caso o processo venha a ser julgado pelo TCU, ainda que não seja possível traçar um percentual admissível de sobrepreço, a jurisprudência do Tribunal (cf. Capítulo I.2.1) é firme no sentido de que pequenas diferenças em relação ao preço de referência são entendidas como flutuações normais de mercado e não como dano ao erário. Todas essas circunstâncias atenuam significativamente os problemas suscitados pela aplicação eventualmente equivocada de uma regra de responsabilização.

Feitas tais considerações, a primeira decisão analisada é o Acórdão 4.687/2012 – 1ª Câmara⁵⁰⁰, que julgou irregulares as contas do gestor de uma Escola Técnica Federal, condenando-o, solidariamente à empresa, pela aquisição de um automóvel por R\$ 84.600,00, quando o preço de mercado na localidade seria R\$ 61.555,00 (medido pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE).

Outra decisão examinada é o Acórdão 454/2014 – Plenário⁵⁰¹, proferido em TCE que versa sobre a aplicação de recursos federais por órgão estadual (Deracre), repassados mediante convênio⁵⁰², para construção de trecho de rodovia. Antes do início das obras, porém, uma auditoria detectou indícios de sobrepreço no contrato (em comparação com aqueles que

⁴⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa 71, de 28 de Novembro de 2012. Art. 6º. Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses: I - valor do débito atualizado monetariamente for inferior a R\$ 75.000,00; [...] Art. 7º. Serão arquivadas as tomadas de contas especiais, antes do encaminhamento ao Tribunal de Contas da União, nas hipóteses de: I - recolhimento do débito; II - comprovação da não ocorrência do dano imputado aos responsáveis; III - subsistência de débito inferior ao limite de R\$ 75.000,00, de que trata o inciso I do art. 6º desta Instrução Normativa.

⁵⁰⁰ “Prestação de contas anual. Superfaturamento na aquisição de veículo. Alegações de defesa insuficientes para elidir a ocorrência. Irregularidade das contas de um dos responsáveis. Regularidade das contas dos demais” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 4.687/2012 – 1ª Câmara. TC 015.948/2009-3. Prestação de Contas. Relatora: Ana Arraes. Brasília, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014).

⁵⁰¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 454/2014 – Plenário. TC 010.305/2009-0. Tomada de Contas Especial. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵⁰² O Tribunal de Contas da União tem jurisdição sobre o caso, pois a obra foi executada com recursos federais, repassados por meio do Convênio PG-151/99-99 (que tinha como objetivo a construção do anel viário de Rio Branco/AC), celebrado entre o antigo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER (sucedido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT) e o Exército Brasileiro (posteriormente sucedido pelo Governo do Estado do Acre, que licitou e contratou as obras).

constavam do sistema SICRO), motivo pelo qual a Corte de Contas determinou ao Deracre que se abstinhasse de realizar os pagamentos e de iniciar as obras com base em preços incompatíveis com os de mercado. Recebidas as justificativas encaminhadas pelo órgão público para as divergências encontradas nos custos de determinados itens do orçamento, foi prolatado o Acórdão 844/2004 – Plenário, que, embora tendo reconhecido a inexistência de indícios de obtenção de vantagem pessoal ilícita⁵⁰³, determinou à entidade administrativa que adotasse as providências necessárias para a retificação dos custos constantes dos orçamentos, os quais deveriam ser reduzidos em aproximadamente R\$ 160.000,00 mediante a celebração de termo aditivo.

Irresignados, os administradores do Deracre ingressaram com recurso, ao qual o Colegiado terminou por negar provimento. Aproveitando-se do efeito suspensivo, entretanto, a Administração Estadual realizou as obras sem as alterações determinadas. Uma vez que os sobrepreços detectados não haviam sido corrigidos, a fiscalização foi convertida em TCE, para identificar e delimitar a culpabilidade dos responsáveis: i) pela elaboração dos orçamentos; ii) pela homologação das licitações; iii) pela assinatura dos contratos; e iv) pelo pagamento de valores que já se encontravam sobre questionamento. Foi realizada a citação dos gestores, e, no que interessa ao presente estudo, da empresa beneficiada pelos pagamentos considerados indevidos.

A terceira decisão selecionada é o Acórdão 1.653/2004 – 2ª Câmara⁵⁰⁴, proferido em TCE a respeito de irregularidades na execução de Convênio celebrado entre o DNER e o

⁵⁰³ “Auditoria. DNIT. Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Acre - Denacre. Obras de construção, duplicação e restauração de anel rodoviário na BR-364, na cidade de Rio Branco AC. Sobrepreço em contrato. Necessidade de retificação, mediante termo aditivo, dos custos dos orçamentos dos contratos. Determinação. Recomendação. Remessa de cópia ao Ministério Público da União. [...]182. O elevado sobrepreço constatado por esta instrução deve-se, sem dúvida, a certa incúria e negligência do Deracre na formulação de seus orçamentos. Chama a atenção, sobretudo, a marcante diferença entre os projetos do Anel Rodoviário e da Divisa AC/AM, embora elaborados pelo mesmo órgão e referentes ao mesmo mês. Algumas inconsistências no orçamento do Anel Rodoviário também chamam a atenção, tal como a existência de composições e insumos com diferenças injustificáveis entre os diversos lotes. 183. No entanto, não colhemos indícios de uma intenção deliberada de inflar custos. Embora tenha sido este o resultado último das adaptações efetuadas nos orçamentos, há que considerar também os diversos casos em que os custos do Deracre foram cotados abaixo daqueles do Sicro 2. Parece-nos ter havido de fato uma busca, conquanto descuidada e equivocada, de refletir o efetivo custo dos serviços.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 944/2004 – Plenário. TC 010.347/2003-1. Relatório de auditoria. Relator. Min. Augusto Sherman. Brasília, 30 de junho de 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014).

⁵⁰⁴ “Tomada de Contas Especial. Convênio. DNER. DNIT. Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Piauí - DER PI. Transferência de recursos destinados à restauração de rodovias federais no Estado. Inexecução do objeto pactuado. Atestação de serviços não executados. Superfaturamento de preços. Pagamento indevido. Indícios de superfaturamento em outros contratos. Falecimento de um dos responsáveis. Contas regulares com ressalva de quatro responsáveis. Contas irregulares e em débito de dois responsáveis, em solidariedade com a empreiteira contratada. Multa. Determinação. Remessa de cópia ao Ministério Público da União” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.653/2004 – 2ª Câmara. TC 005.686/1998-9. Tomada de Contas

Departamento estadual de estradas de rodagem, com o objetivo de restaurar rodovias. Constatou-se que alguns preços contratuais se revelaram superiores, em mais de 100%, aos das tabelas do SICRO, gerando uma diferença da ordem de R\$ 260.000,00. Novamente invocando o art. 16, § 2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, a empresa foi citada em virtude do recebimento de “numerário indevido” dos cofres públicos.

A quarta decisão é o Acórdão 621/2010 – 2ª Câmara, que versa sobre a aplicação de recursos federais repassados por meio de convênio para a prefeitura municipal, para construção de centro de desenvolvimento para idosos⁵⁰⁵, no qual o contratado teria recebido recursos suficientes para a construção de prédio com 500m², mas teria construído um de 322m². Assim, todas as decisões analisadas se encaixam na definição de superfaturamento por preços excessivos em sentido estrito, adotada por este trabalho.

Por fim, será analisado o Acórdão 15/2002 – Plenário, que trata de aquisições superfaturadas em um escritório de representação do Ministério da Saúde, que se encontra citado em diversos outros julgados do Tribunal⁵⁰⁶ como sintetizador de diversos argumentos que embasam a visão da Corte de Contas sobre o superfaturamento por preços excessivos.

A partir da análise das decisões citadas, busca-se compreender o posicionamento do controle externo quanto à prática de preços superiores aos de mercado com a Administração Pública, tratada como conduta antijurídica independente de ter sido constatada vontade livre e consciente do particular contratado em fraudar processo licitatório e assim auferir vantagem ilícita.

Especial. Relator: Lincoln Magalhães Rocha. Brasília, 2 de setembro 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014).

⁵⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 621/2010 – Segunda Câmara. TC 003.409/2000-1. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 23 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2014.

⁵⁰⁶ V.g. Acórdão TCU 5.811/2012 – 1ª Câmara (TC 005.720/2007-1. Tomada de Contas Especial Rel. Min. José Múcio Monteiro. Brasília, 25 de setembro de 2012). Decisão TCU 1.619/2002 – Plenário (TC 014.812/2000-7, Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 27 de novembro de 2002); Acórdão TCU 930/2006 – 2ª Câmara (TC 016.407/2002-0, Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 18 de abril de 2006); Acórdão TCU 2.379/2008 – 2ª Câmara (TC 008.905/2002-9, Relator: Min. Aroldo Cedraz, Brasília, 22 de julho de 2008); Acórdão TCU 618/2006 – 1ª Câmara (TC 005.991/2000-7, Relator: Min. Augusto Sherman, Brasília, 26 de abril de 2006); Acórdão TCU 1.795/2005 – 2ª Câmara (TC 928.707/1998-9, Relator: Min. Lincoln Magalhaes da Rocha, Brasília, 20 de setembro de 2005).

III.3. ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES SOBRE SUPERFATURAMENTO POR PREÇOS EXCESSIVOS

A partir da problematização das premissas referentes à imputação de responsabilidade financeira como modalidade de responsabilidade subjetiva por ato ilícito (Capítulo II) e dos elementos narrativos que poderiam ser utilizados para se tentar justificar a aplicação de uma modalidade de responsabilidade objetiva por ato abusivo, passa-se à análise de como o assunto é abordado pelos julgados que envolvem casos de superfaturamento por preços excessivos em sentido estrito.

O primeiro ponto é notar que em nenhum dos julgados se discute a premissa de que a divergência entre preço contratual e preços de mercado constitui um dano. A fundamentação é concentrada na existência ou não do dano ao erário, mas o argumento dos defendentes não se baseia na impossibilidade de se falar em violação de direito da Administração ou de ocorrência de dano devido à voluntariedade do contrato administrativo, os quais também não questionam a utilização do preço de mercado como critério objetivo para se avaliar a ocorrência de um dano ao erário. A discussão se concentra sobre se a possibilidade de justificar a diferença encontrada em processos de fiscalização (auditorias, representações, denúncias) e julgada em processos de contas apontando-se a impropriedade do referencial de preços utilizado (SICRO, SINAPI ou da verificação pela própria autoridade de Controle Externo). O contratado, quando citado (em cumprimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa), dedica-se a demonstrar que a utilidade que forneceu é diferente daquela identificada pelo sistema de referência de preços, de modo a tentar provar a inexistência de dano. A intervenção da atividade de Controle Externo, entretanto, consistiu em reconhecer a diferença entre o preço contratual e algum preço que, em tese, deveria ter sido praticado no caso concreto, adotando-se a imputação de débito como solução para restaurar o erário à posição na qual estaria se o alegado dano não houvesse sido cometido.

Uma vez que se presume que o contratado conhece o mercado de forma mais detalhada que o responsável pela aquisição dos bens ou serviços, se este particular oferece ou recebe preço manifestamente superior aos preços em média praticados, estaria demonstrado o dolo em prejudicar o ente público. Embora a jurisprudência do TCU, quando se dedica à análise do elemento subjetivo da conduta do contratado trate da questão como presunção de culpa, na tentativa de manter a responsabilização reintegratória como uma modalidade subjetiva, os Acórdãos analisados não abordam efetivamente o oferecimento de proposta com

sobrepreço como uma conduta culposa em sentido estrito. Conforme analisado no Capítulo II, a alegação de culpa em sentido estrito seria necessariamente inconsistente, e presume-se desnecessário examinar a possibilidade de que o defendente não soubesse qual era o valor médio das transações ou se teria adotado alguma medida para evitar que sua proposta fosse encaminhada com valor com aquele incompatível.

Entretanto, mesmo quando se considera voluntária a conduta do licitante, o contratado possui direito subjetivo de buscar a maximização de seu lucro, não o dever de ofertar preços compatíveis com os de mercado ainda que contrate com a Administração Pública, dada a existência de liberdade econômica e de iniciativa (cf. art. 1, inc. IV, c/c art. 170, caput e inc. IV, ambos da CF/1988). Uma vez que a conduta não pode ser qualificada como o descumprimento de um dever preexistente, resta qualificá-la como o abuso cometido pelo particular no exercício da prerrogativa de definir o preço de sua proposta. A alegação pelo particular defendente de que o licitante tem direito a oferecer a proposta de preços que julga cabível, frente aos custos com os quais se depara e a margem de lucro que entende ser suficiente para remunerar sua atividade econômica é afastada pelo TCU mediante o contra-argumento de que esse direito não poderia ser exercido de forma a implicar a prática de preços manifestamente superiores aos de mercado, o que por sua vez constituiria um prejuízo inadmissível ao erário, um dano indenizável mediante a imputação de débito.

Ou seja, reconhece-se a existência do direito, mas alega-se que houve um abuso em seu exercício, sem, todavia, se esclarecerem os “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”, nos termos do art. 187 do Código Civil. Dessa forma, embora o julgamento das contas do gestor público necessariamente deva avaliar os aspectos subjetivos e objetivos de sua conduta, buscando-se indícios de sua má-fé ou de sua negligência no trato com a coisa pública, a responsabilidade do particular, em determinados julgados referentes a essa modalidade residual de superfaturamento, termina sendo apurada de forma impropriamente objetiva. Nesse sentido, quando a constatação de sobrepreço não é afastada pelo terceiro contratado, este seria responsabilizado pelo alegado dano sem que se indague a respeito da reprovabilidade de sua conduta, pois teria abusado de seu direito de buscar lucratividade quando transacionou com a Administração sem ofertar preços compatíveis com os de mercado.

No que se refere ao Acórdão 4.687/2012 – 1ª Câmara⁵⁰⁷, o julgado condenou o gestor de uma Escola Técnica Federal solidariamente à empresa fornecedora pela aquisição de um automóvel no valor de R\$ 84.600,00, quando o preço de mercado na localidade seria R\$ 61.555,00 (medido pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – Fipe).

A responsabilidade do agente público, ressalve-se, foi fundamentada na violação do respectivo dever jurídico de cuidado, em uma negligência com a coisa pública: não foi constatada existência de pesquisa de preços, e a licitação ignorou a diferença entre modelos movidos a gasolina ou álcool e veículos movidos a diesel. A diferença de 37%, produzida pelo erro, foi considerada inadmissível. A responsabilidade do particular contratado, segundo o Relatório do Acórdão, baseou-se no argumento segundo o qual “é lícito à empresa procurar o lucro, que é a finalidade de sua existência, mas esse não pode ocorrer em prejuízo do preço de mercado em um processo de compra por um órgão público”⁵⁰⁸.

A empresa, por sua vez, alegou que participou de processo licitatório regular, que venceu o certame oferecendo o melhor lance, que a busca de lucro pelo empreendedor é normal nas relações comerciais e que o percentual de lucro auferido não podia ser considerado abusivo. O Voto condutor do Acórdão, entretanto, defendeu que o direito da empresa a uma margem de lucro não poderia impor à Administração o prejuízo de pagar valores muito superiores aos de mercado⁵⁰⁹.

Uma vez adotada a premissa de que o direito de elaborar proposta de preços encontraria limite na vedação à prática de preços manifestamente superiores aos de mercado, a atividade de Controle Externo considera que cumpriria ao próprio contratado elidir os indícios de que esse limite fora efetivamente ofendido. Em seguida, o Voto condutor reconhece que o alegado prejuízo teria sido causado pela ausência de pesquisa de preço pelo

⁵⁰⁷ “Prestação de contas anual. Superfaturamento na aquisição de veículo. Alegações de defesa insuficientes para elidir a ocorrência. Irregularidade das contas de um dos responsáveis. Regularidade das contas dos demais” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 4.687/2012 – 1ª Câmara. TC 015.948/2009-3. Prestação de Contas. Relatora: Ana Arraes. Brasília, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014).

⁵⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 4.687/2012 – 1ª Câmara. TC 015.948/2009-3. Prestação de Contas. Relatora: Ana Arraes. Brasília, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵⁰⁹ “6. Embora a empresa tenha direito à margem de lucro na comercialização em questão, não se pode acatar a tese de que esse direito imponha à administração o prejuízo de pagar pelo bem valor muito superior ao praticado pelo mercado. [...] 8. Observo que a empresa não trouxe aos autos quaisquer estimativas de preços com o objetivo de refutar a apresentada pelo TCU ou que justificasse a prática de valor acima daquele estimado pela Fipe, limitando-se a afirmar que o valor excedente traduzir-se-ia ao lucro a que tem direito” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 4.687/2012 – 1ª Câmara. TC 015.948/2009-3. Prestação de Contas. Relatora: Ana Arraes. Brasília, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014).

agente público, mas ao mesmo tempo entende que a cotação de preço superior à quantia normalmente praticada (por essa razão, “efetivamente devida”) pela utilidade fornecida já configuraria “concorrer para o dano”, de modo a permitir a incidência do art. 16, § 2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992⁵¹⁰.

O Acórdão 454/2014 – Plenário⁵¹¹ também se enquadra na hipótese deste estudo, pois também não se vislumbrou intenção deliberada dos administradores em elevar os preços das licitações. O julgado em questão foi proferido em TCE instaurada em face de irregularidades em contrato celebrado entre o Departamento Estadual de Estradas de Rodagem, Hidrovias e Infraestrutura Aeroportuária do Estado do Acre – Deracre⁵¹² – e uma empresa, para construir um trecho de rodovia. Conforme mencionado, a entidade estadual, gerenciando recursos federais, aproveitou-se de efeito suspensivo de recurso no qual questionou determinações realizadas pelo TCU a respeito da compatibilidade de determinados preços unitários com valores considerados como referenciais de mercado, e determinou à empresa que havia vencido a licitação que mesmo assim realizasse as obras pactuadas.

Em sua defesa, a contratada alegou que os preços da proposta ofertada estariam em consonância com o limite máximo do valor global fixado no orçamento elaborado pelo Deracre, invocou o princípio da vinculação ao instrumento convocatório⁵¹³ e sustentou que edital teria previsto um preço global máximo (acima do qual deveria ser desclassificada da proposta de preço), mas que não havia estabelecido quase nenhum critério para a aceitação de preços unitários. Dessa forma, qualquer erro seria de responsabilidade do ente público, que

⁵¹⁰ Consoante o Acórdão TCU 4.687/2012 – 1ª Câmara, “9. Este processo não se presta a discutir o lucro devido à empresa, mas antes apurar dano ao erário decorrente do pagamento realizado a maior, conforme ora evidenciado. A condenação solidária da empresa decorre da disposição contida no art. 16, §2º, alínea ‘b’, da Lei 8.443/1992, que autoriza a condenação solidária do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. 10. A empresa [...], valendo-se da estimativa equivocada da administração, cotou preço superior à quantia efetivamente devida pelo bem comercializado, concorrendo, com isso, para ao cometimento do dano apurado” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 4.687/2012 – 1ª Câmara. TC 015.948/2009-3. Prestação de Contas. Relatora: Ana Arraes. Brasília, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014).

⁵¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 454/2014 – Plenário. TC 010.305/2009-0. Tomada de Contas Especial. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵¹² O Tribunal de Contas da União tem jurisdição sobre o caso, pois a obra foi executada com recursos federais, repassados por meio do Convênio PG-151/99-99 (que tinha como objetivo a construção do anel viário de Rio Branco/AC), celebrado entre o antigo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER (sucedido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT) e o Exército Brasileiro (posteriormente sucedido pelo Governo do Estado do Acre, que licitou e contratou as obras).

⁵¹³ O Acórdão considera ainda que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não impediria a contestação do preço ofertado pelo licitante, pois o preço que a Administração orça em uma licitação não estaria no domínio da discricionariedade, mas sim teria que obedecer aos preços referenciais de mercado. Desse modo, o custo de uma obra não seria fruto da vontade da Administração, mas sim resultado da aplicação dos valores de insumo de mercado ao projeto desenhado para ser executado.

elaborou os termos na qual a proposta deveria ser realizada. Alegou também que teria praticado o preço do mercado local e que a comissão de licitação poderia tê-la desclassificado caso entendesse que os preços ofertados eram desproporcionais aos praticados no mercado local⁵¹⁴.

A empresa sustentou também que não havia sido informada das decisões que determinavam ao Deracre que este se abstinhasse de iniciar as obras, asseverando ainda que os preços ofertados na licitação configurariam a rentabilidade que considerava razoável e que caso o órgão tivesse cumprido as decisões que determinaram a redução dos preços, teria simplesmente manifestado desinteresse na continuidade do contrato⁵¹⁵.

Após realizar a usual citação do art. 16, inciso III, alínea “c”, e seu § 2º, da Lei 8.443/1992, o Acórdão se mostra emblemático porque, ao contrário da maior parte da jurisprudência sobre responsabilidade financeira, chega a afirmar⁵¹⁶, de forma questionável, que não seria necessária a comprovação de dolo ou culpa, para a responsabilização em sede de TCE, configurando hipótese de responsabilidade objetiva para a qual bastaria a participação da empresa⁵¹⁷.

⁵¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 454/2014 – Plenário. TC 010.305/2009-0. Tomada de Contas Especial. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 454/2014 – Plenário. TC 010.305/2009-0. Tomada de Contas Especial. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 454/2014 – Plenário. TC 010.305/2009-0. Tomada de Contas Especial. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵¹⁷ “[...] não é necessário, para fins de responsabilização, no âmbito de Tomada de Contas Especial, da comprovação de existência de dolo ou culpa. A imputação de responsabilidade fundamenta-se na incidência de hipótese legal objetiva (acima transcrita), que não apresentam nenhum pressuposto de má-fé, locupletamento ou desfalque. Trata-se de responsabilidade objetiva, que independe da verificação de culpa ou dolo. 23.3.2.4 portanto, basta a participação da empresa, como ocorreu no caso concreto, para ser passível de responsabilização, independentemente se participou ou não da aprovação do orçamento de projeto ou teve a sua proposta de preços habilitada no certame licitatório. Assim, não procedem os argumentos expostos nas letras ‘a’ a ‘e’ do item 23.2.1, visto que nesses pontos a empresa baseia a sua alegação na ausência de dolo ou culpa de sua parte e, no caso de existir irregularidade, que deveria ser creditado inteiramente aos servidores públicos que participaram do feito” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 454/2014 – Plenário. TC 010.305/2009-0. Tomada de Contas Especial. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014). Um dos gestores do DNIT, órgão que sucedeu o DNER e repassou os recursos (deveria, portanto, fiscalizá-los), por sua vez, alegou a inexistência de dolo ou de culpa, ao que o Relatório que fundamentou o Acórdão respondeu que: “23.3.2.1 a alegação de inexistência de dolo ou culpa não socorre ao recorrente, pois não se trata aqui de uma culpabilidade subjetiva, oriunda da intenção do agente em apropriar-se ilicitamente dos recursos federais, para o qual se deveria provar o dolo ou culpa do agente, o motivo do resultado e o nexo de causalidade. 23.3.2.2 a imputação de responsabilidade fundamenta-se na incidência de hipóteses legais objetivas, que não apresentam nenhum pressuposto de má-fé, locupletamento ou desfalque. Trata-se de responsabilidade objetiva do gestor, que independe da verificação de culpa ou dolo.” Entretanto, a responsabilidade desse gestor foi afastada com fundamento na impossibilidade de um dirigente máximo de autarquia ter a consciência completa do que ocorria nos escalões inferiores (afastando

Ainda que a empresa não tivesse sido citada para se manifestar no processo de fiscalização, suas alegações de que não conhecia o teor do Acórdão 844/2004 – Plenário (que condicionara o prosseguimento da obra à adequação dos preços contratados aos parâmetros de mercado) foram consideradas inverossímeis. A análise focou-se, de forma objetiva, na possibilidade ou não de utilização do SICRO como parâmetro referencial de mercado e na compatibilidade dos preços praticados com os preços adotados como referência, de tal sorte que, “caso, hipoteticamente, os responsáveis lograssem justificar os preços praticados [...], não subsistiria mais superfaturamento e, assim, não seria plausível aplicar penalidade a eles por descumprimento de uma determinação que, do ponto de vista material, não seria válida”⁵¹⁸. A Proposta de Deliberação condutora do Acórdão 434/2014 – Plenário ressalta ainda que, caso os preços praticados na licitação e no orçamento não reflitam os preços praticados no mercado, tanto o agente público que pratica o ato irregular quanto o agente privado que deles se beneficiam serão responsabilizados⁵¹⁹.

Observe-se que, nos casos apresentados, não se examina a eventual culpabilidade do agente particular contratado: mesmo que se considere que o licitante tivesse o dever de não ofertar proposta em valor superior aos preços de mercado, não se analisam quais as medidas ele teria tomado para cumprir essa obrigação ou para evitar a transgressão desse limite ao seu direito. Adota-se, de forma apenas implícita, a presunção de que o licitante, por participar do mercado, conhecê-lo-ia melhor do que a Administração Pública. A questão é tratada como se fosse irrelevante ao deslinde dos problemas enfrentados, uma vez que o contratado teria abusado de seu direito de realizar livremente sua proposta.

sua “culpa in vigilando”). O Acórdão asseverou que o dano teria ocorrido (avaliando a causalidade) por culpa dos gestores do órgão que executou as obras, o que caracteriza a responsabilidade dos gestores como subjetiva. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 454/2014 – Plenário. TC 010.305/2009-0. Tomada de Contas Especial. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 454/2014 – Plenário. TC 010.305/2009-0. Tomada de Contas Especial. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵¹⁹ “14. Cabe ressaltar, ainda, no que tange ao argumento da empresa citada solidariamente, segundo o qual os preços de sua proposta estavam em consonância com o limite máximo do valor global fixado no orçamento elaborado por técnicos do Deracre, que, se por um lado o valor global máximo serve de parâmetro para apreciação das propostas da licitação, por outro, torna-se necessário, para que haja atendimento ao critério legal previsto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, que os preços praticados na licitação e no referido orçamento reflitam os preços praticados no mercado, sob pena de não isentar de responsabilidade por eventual sobrepreço ou superfaturamento tanto o agente público que pratica o ato irregular como o privado que dele se beneficia” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 454/2014 – Plenário. TC 010.305/2009-0. Tomada de Contas Especial. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014).

A abordagem objetiva, fundada em concepção análoga à do abuso de direito, resta também evidenciada nos termos da Proposta de Deliberação do Acórdão 454/2014 – Plenário, segundo a qual mesmo que o preço orçado pela Administração esteja acima dos preços praticados pelo mercado, as empresas teriam a liberdade de ofertar apenas propostas que saibam estar de acordo com os preços de mercado, e que não deveriam aproveitar-se de orçamentos superestimados, tendo em vista que a contratação administrativo seria disciplinada por regras de Direito Público⁵²⁰.

O Acórdão 1.653/2004 – 2ª Câmara⁵²¹, por sua vez, foi proferido em TCE a respeito de irregularidades na execução de um Convênio celebrado entre o DNER e o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Piauí – DER/PI, cujo objetivo era restaurar rodovias federais no Estado. Entretanto, constatou-se que alguns preços contratuais eram superiores em mais de 100% aos das tabelas do SICRO, correspondendo a uma diferença de R\$ 1.153.434,84. Novamente invocando o art. 16, § 2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992, a empresa foi citada em virtude do “recebimento de numerário indevido dos cofres públicos”⁵²².

Citada, a construtora alegou que a utilização da tabela SICRO era inadequada como referência de preços, pois não estaria em vigor à época da celebração dos contratos (1991) e que, ao tempo da celebração, os preços seriam compatíveis com outra tabela utilizada à época pelo então DNER (Tabela UNAS), mas a alegação foi afastada porque a contratada não teria

⁵²⁰ “15. Ainda que o preço orçado pela administração esteja acima dos preços passíveis de serem praticados no mercado, têm as empresas liberdade para oferecerem propostas que sabem estar de acordo com os preços de mercado. Não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados pela Administração, haja vista incidirem no regime de contratação pública regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas à aferição de legalidade, legitimidade e economicidade pelos órgãos de controle. A responsabilização solidária pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedora de pagamentos por serviços superfaturados, a empresa contratada contribui de qualquer forma para o cometimento do dano, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/92” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 454/2014 – Plenário. TC 010.305/2009-0. Tomada de Contas Especial. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014).

⁵²¹ “Tomada de Contas Especial. Convênio. DNER. DNIT. Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Piauí - DER PI. Transferência de recursos destinados à restauração de rodovias federais no Estado. Inexecução do objeto pactuado. Atestação de serviços não executados. Superfaturamento de preços. Pagamento indevido. Índícios de superfaturamento em outros contratos. Falecimento de um dos responsáveis. Contas regulares com ressalva de quatro responsáveis. Contas irregulares e em débito de dois responsáveis, em solidariedade com a empreiteira contratada. Multa. Determinação. Remessa de cópia ao Ministério Público da União” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.653/2004 – 2ª Câmara. TC 005.686/1998-9. Tomada de Contas Especial. Relator: Lincoln Magalhães Rocha. Brasília, 2 de setembro 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014).

⁵²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.653/2004 – 2ª Câmara. TC 005.686/1998-9. Tomada de Contas Especial. Relator: Lincoln Magalhães Rocha. Brasília, 2 de setembro 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

demonstrado a peculiaridade dos itens de serviço que tiveram o preço impugnado, de modo a afastar a aplicação do referencial de preço adotado pelo Tribunal (SICRO)⁵²³.

A TCE, ademais, salientou que agentes públicos responsáveis pela condução do contrato, ao contrário do que determinava o Decreto Federal 1.411/1995⁵²⁴, não teriam realizado estudo comparativo dos preços de mercado quando da celebração de aditivo convertendo os preços contratuais para URV/Real. Observe-se que a decisão fundamenta a responsabilidade dos gestores de forma subjetiva, pois deixa claro que caso estes tivessem determinado a realização de estudo comparativo de preços quando da celebração do termo aditivo, seria defensável a exclusão da responsabilidade de tais dirigentes caso esse estudo não contivesse deficiências facilmente perceptíveis. A responsabilização, na hipótese, recairia somente sobre aqueles que tivessem realizado o estudo de forma descuidada⁵²⁵.

Mesmo tendo sido detectada divergência expressiva entre os preços praticados pelo mercado e os preços contratuais, não foi realizada uma investigação sobre a culpabilidade da

⁵²³ Conforme o Acórdão em análise, “14.2. A Contratada alegou que o preço de sua proposta era compatível com a chamada Tabela UNAS, que seria o parâmetro de preços então adotado pelo DNER. Essa alegação não veio acompanhada de cópia da Tabela UNAS então vigente. 14.2.1. De qualquer forma, ainda que se admitisse a procedência dessa alegação e, em consequência, que se admitisse que, em fevereiro/1991, o valor da Proposta da Contratada fosse compatível com o de mercado, o fato é que, durante a execução contratual, que se concentrou em 1996, ficou perfeitamente caracterizada a excessividade dos preços contratuais com base no parâmetro de preços do DNER então vigente (Tabela SICRO), de forma que, com base nos princípios do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e da economicidade, os preços contratuais deveriam ter sido reduzidos. Pequenas variações de preços poderiam até ser admissíveis, mas não uma diferença da ordem de 175%. 14.3. À Contratada caberia o ônus, que não foi exercido, de demonstrar a peculiaridade dos itens de serviço que tiveram seus preços contratuais impugnados, de modo a afastar a aplicabilidade da Tabela SICRO como referencial consistente de preços no momento da efetiva execução do contrato. 14.4. Na verdade, os serviços em pauta não têm peculiaridade alguma, de forma que não se vislumbra qualquer problema na adoção da Tabela SICRO como padrão de comparação de preços” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.653/2004 – 2ª Câmara. TC 005.686/1998-9. Tomada de Contas Especial. Relator: Lincoln Magalhães Rocha. Brasília, 2 de setembro 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014).

⁵²⁴ Segundo o Decreto, “os órgãos e entidades da administração pública federal [...] promoverão a reavaliação dos contratos em vigor” (art. 1º), com vistas à “contenção e à redução das despesas públicas” (art. 2º). Embora o Acórdão reconheça que o Decreto não é diretamente aplicável aos servidores estaduais que conduziram a contratação, fundamenta-se que, como todo decreto, trata-se de regulamentação que não inova no ordenamento jurídico, constituindo apenas aplicação dos princípios da economicidade e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, em decorrência dos quais os agentes públicos estão obrigados, durante toda a execução de um contrato administrativo, e não apenas no momento de sua celebração, a adotar as providências cabíveis no sentido de verificar a compatibilidade dos preços contratuais com os de mercado.

⁵²⁵ “12.6. Aqui não se está defendendo que os mencionados dirigentes tivessem a obrigação de aferir, diretamente, a compatibilidade dos preços contratuais com os de mercado, mas, sim, que eles determinassem a seus subordinados que fizessem essa aferição, determinação essa que não houve, o que configura uma ilegítima conduta omissiva. 12.6.1. Se tivesse havido essa determinação e, em consequência, fosse elaborado um estudo comparativo de preços cuja deficiência não fosse facilmente perceptível, até que seria defensável a exclusão de responsabilidade de tais dirigentes (abstraindo-se as suas culpas ‘in eligendo’), responsabilidade essa que, em princípio, recairia apenas sobre os responsáveis pela elaboração do estudo deficiente.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.653/2004 – 2ª Câmara. TC 005.686/1998-9. Tomada de Contas Especial. Relator: Lincoln Magalhães Rocha. Brasília, 2 de setembro 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014).

conduta do particular contratado, tendo apenas se discutido a existência de dano ao erário, ou seja, se havia elementos que diferenciavam a utilidade fornecida pelo particular daquele bem ou serviço padronizado cujo preço é adotado como referencial pelo ente de controle. Importante ressaltar que o Acórdão deixa claro que não foi apontado nenhum outro vício, além da “excessividade de preços”, e que não foi detectada restrição no caráter competitivo do certame⁵²⁶. O Voto condutor do Acórdão em exame tratou o assunto deixando claro o caráter subjetivo da responsabilização do agente público, reconhecendo a inexistência de condutas dolosas dos dirigentes destinadas a lesar o erário, mas destacando a conduta culposa do agente público e estendendo a imputação de débito ao particular mediante aplicação literal do art. 16, § 2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992⁵²⁷, de forma objetiva. A modalidade de responsabilização subjetiva exigiria uma avaliação da conduta do particular, mas a boa-fé deste é afastada apenas pela existência de um débito expressivo, nesse caso gerada pela incúria do gestor público quando da conversão de valores entre diferentes unidades monetárias.

Trata-se, conforme visto no Capítulo II, de uma interpretação ampla dos termos “dano” e “concorrido para o cometimento do dano”. Uma vez caracterizada a ação ou omissão culposa ou dolosa do agente público e o prejuízo causado ao erário, é possível a imputação de débito ao agente particular que efetivamente “tenha concorrido”, ou seja, agido de forma conjunta, em ajuste ilícito de vontades para cometimento desse dano, mas considerar que o simples fornecimento de um produto, para o ente público, a preços superiores a algum preço de referência já configure o ato de “concorrer”, implica aplicar a responsabilidade financeira

⁵²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.653/2004 – 2ª Câmara. TC 005.686/1998-9. Tomada de Contas Especial. Relator: Lincoln Magalhães Rocha. Brasília, 2 de setembro 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵²⁷ “17. Neste ponto, cabe considerar a responsabilidade dos agentes públicos na gestão dos recursos do erário e, *a posteriori*, a questão da solidariedade do débito. 18. Ao contrário do Estado, que responde objetivamente, a responsabilidade dos agentes públicos é subjetiva. Por conseguinte, é oriunda de ações dolosas ou culposas, decorrente de condutas comissivas ou omissivas. 19. Não há provas, nos presentes autos, da existência de condutas dolosas dos mencionados dirigentes no sentido de lesar o erário. Entretanto, a omissão na verificação da compatibilidade dos preços constitui, ao menos, conduta culposa, na modalidade de negligência. É importante ressaltar que o gestor público deve ter o cuidado com os recursos do erário similar ao que empregaria em seus próprios negócios. [...] 21. Consoante expressamente prevê o art. 265 do Código Civil, a solidariedade não se presume, decorre de lei ou contrato. No âmbito desta Corte, o art. 16 da Lei nº 8.443/1992, expressamente prevê que, na hipótese de julgamento das contas pela irregularidade, com fundamento nas alíneas “c” e “d” do inciso III do mencionado artigo, será fixada a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro, contratante, que aja concorrido para o cometimento do dano.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.653/2004 – 2ª Câmara. TC 005.686/1998-9. Tomada de Contas Especial. Relator: Lincoln Magalhães Rocha. Brasília, 2 de setembro de 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

reintegratória como uma modalidade de responsabilidade objetiva, na qual não se avalia a culpabilidade do agente⁵²⁸.

O quarto Acórdão selecionado para análise, o Acórdão 621/2010 – 2ª Câmara, versou sobre a aplicação de recursos federais, repassados à prefeitura municipal por meio de convênio para a construção de centro de desenvolvimento para idosos⁵²⁹. Pelo plano de trabalho celebrado entre a União e o município, a obra deveria ter 500m², mas foi construído um centro de apenas 366m², não obstante terem sido utilizados todos os recursos repassados. A empresa sustentou, todavia, que havia sido contratada para a construção de prédio com 330m² e que a obra havia sido executada conforme o projeto executivo, ou seja, que não havia cometido nenhum ilícito contratual, e que os materiais a serem fornecidos haviam sido previamente especificados pela administração municipal, tendo ela definido apenas o preço que seria cobrado e assim vencido a licitação.

No entanto, o Acórdão pondera que: i) de acordo com o Sinapi, o custo médio da construção civil no período da execução da obra, no Estado em questão (ou seja, o preço de mercado), era de R\$ 314,63 por metro quadrado; ii) o plano de trabalho do convênio celebrado, por sua vez, previa um gasto de R\$ 333,33 por metro quadrado; iii) a empresa, ao executar a obra, recebeu R\$ 409,03 por metro quadrado. Não há nenhuma menção a indícios que pudessem levar à conclusão pela ocorrência de direcionamento do processo licitatório, mas com base tão-somente no argumento do alegado dano ao erário, manteve-se a condenação da empresa de forma solidária ao prefeito responsável pela gestão dos recursos⁵³⁰.

Foi rejeitado, assim, o argumento da recorrente de que só poderia ser responsabilizada caso demonstrada sua participação efetiva, consciente e volitiva no intuito de se beneficiar

⁵²⁸ Vale ressaltar que o Acórdão 1.653/2004 – 2ª Câmara foi mantido, em sede de Recurso de Reconsideração, pelo Acórdão 606/2008 – 2ª Câmara, que reforçou o argumento segundo o qual, na hipótese de que a proposta original não contivesse sobrepreço, o resultado desproporcional alcançado pela aplicação dos índices de reajuste implicaria a ocorrência de alguma alteração no equilíbrio econômico-financeiro que deveria ter sido corrigida à época da celebração do aditivo ou da execução contratual. Tal tarefa, evidentemente, seria do agente público, mas o particular termina respondendo por dela ter se beneficiado. Ver: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 606/2008 – 2ª Câmara. TC 005.686/1998-9. Tomada de Contas Especial. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 13 de agosto 2008. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 621/2010 – Segunda Câmara. TC 003.409/2000-1. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 23 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2014.

⁵³⁰ Tendo sido citados em TCE, os defendentes (o prefeito municipal responsável pela aplicação dos recursos federais e a construtora) permaneceram à revelia e foram portanto condenados solidariamente à devolução proporcional dos recursos, tendo-lhes sido aplicada a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992, mediante o Acórdão 3.137/2008 – 2ª Câmara. Após a condenação, a empresa ingressou com o Recurso de Reconsideração.

irregularmente de recursos públicos⁵³¹. Por fim, o Acórdão salientou que o fundamento do dano não era a previsão realizada no plano de trabalho do convênio, mas sim o custo médio da construção verificado à época no mercado⁵³².

Vê-se, dessa forma, que os Acórdãos analisados demonstram que se a simples divergência entre os preços superiores aos de mercado for compreendida por si só como um dano, e que se a oferta de proposta contendo tais valores divergentes for considerada por si só uma conduta reprovável e culposa em sentido amplo, serão alcançados resultados incompatíveis com a tradicional classificação da responsabilidade financeira reintegratória como modalidade de responsabilização subjetiva.

Outros argumentos que buscam justificar a consideração do superfaturamento de preços como dano indenizável estão sintetizados no Acórdão TCU 15/2002 – Plenário⁵³³. No caso em exame, após realizar pesquisa de mercado, a Secretaria de Controle Externo verificou a existência de prática de preços superiores aos de mercado em diversos contratos. Consoante o Voto condutor, a jurisprudência do TCU seria unânime ao considerar que o particular responde por prejuízos sofridos pelo erário em função da aceitação de proposta que contemple valores acima daqueles praticados pelo mercado⁵³⁴.

Em sua defesa, a fornecedora alegou que a proposta com preço supostamente elevado não seria contrária ao Direito, mas medida de cautela contra riscos derivados da perda de valor da moeda, e caso não agisse dessa forma o agente contratado estaria fadado a suportar os riscos da transação, uma vez que a Administração Pública levaria mais tempo para adimplir suas obrigações do que um contratante particular. O argumento foi afastado, sob a alegação de que o contrato e a própria Lei 8.666/1993 já trariam mecanismos de atualização dos valores

⁵³¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 621/2010 – Segunda Câmara. TC 003.409/2000-1. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 23 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2014.

⁵³² “13. Se restasse caracterizada a hipótese de os custos da obra estarem subvalorizados no plano de trabalho, entendo que o débito não estaria constituído, já que os recursos pactuados não seriam suficientes para construir a obra nas proporções em que fora estipulada inicialmente. Assim, deveria ser excluída a responsabilidade pelo débito não apenas da empresa, mas, também, do ex-gestor municipal” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 621/2010 – Segunda Câmara. TC 003.409/2000-1. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 23 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2014).

⁵³³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 15/2002 – Plenário. TC 006.002/1996-0. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵³⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 15/2002 – Plenário. TC 006.002/1996-0. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

pactuados⁵³⁵ para permitir que o licitante apresentasse sua proposta com base em “preços limpos”, sem embutir expectativas inflacionárias nem de atrasos e inadimplementos por parte do poder público⁵³⁶. Embora a resposta do Tribunal seja procedente quanto a esse ponto específico, a licitude da apresentação da proposta não estaria atrelada à distribuição de riscos financeiros entre contratante e contratado, mas sim à inviabilidade de a Administração ou do órgão de controle definirem, *ex-post*, qual deveria ter sido o preço de reserva do fornecedor, e sobre a inviabilidade do fornecedor de se preocupar, *ex-ante*, com qual deveria ser o preço de reserva da organização administrativa.

O argumento do direito subjetivo a estabelecer os termos da própria proposta foi esgrimido em seguida pela empresa contratada, ao afirmar que a apresentação de preços superiores ao valor de mercado não se constituiria em prática ilegítima e que caberia tão-somente à Administração o encargo de verificar a incompatibilidade entre os preços ofertados e aqueles praticados no mercado⁵³⁷. Como verificado no Capítulo II, esse argumento seria suficiente para afastar a responsabilidade financeira do terceiro contratado em casos de superfaturamento de preços em sentido estrito, caso efetivamente apurada de forma subjetiva, uma vez que a conduta do terceiro não se qualificaria nem como violação de obrigação previamente a ele imposta, nem como causa adequada, nem como causa direta e imediata do alegado dano.

O Voto condutor do Acórdão, entretanto, rejeitou a argumentação, considerando que ela não seria compatível com os “preceitos aplicáveis à Administração Pública”⁵³⁸. Dentre estes preceitos, inicialmente, destacou que a Lei 8.666/1993, em seu artigo 25, §2º, teria previsto a responsabilidade solidária do fornecedor ou prestador de serviços em caso de superfaturamento⁵³⁹. Embora o dispositivo mencionado somente faça alusão às hipóteses de

⁵³⁵ O art. 5º da Lei nº 8.666/1993 estabelece dois procedimentos relevantes para a compreensão do preço limpo: a correção monetária de valores e preços e a ordem cronológica de pagamentos segundo suas exigibilidades. O art. 7º, §7º, por sua vez, estabelece que, no julgamento da proposta de preços, a atualização monetária não é computada como valor da obra ou serviço.

⁵³⁶ Ver: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Consistência e aceitabilidade dos preços nas licitações públicas: disfunções do comportamento administrativo*. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 99, mar. 2010. p. 5. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=65976>. Acesso em: 21 abr. 2014.

⁵³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 15/2002 – Plenário. TC 006.002/1996-0. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 15/2002 – Plenário. TC 006.002/1996-0. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵³⁹ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...] § 2º. Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se

dispensa e inexigibilidade, o Acórdão o entendeu aplicável aos casos em que tenha ocorrido licitação, pois se a responsabilidade de evitar preços superfaturados não seria exclusiva da Administração nos casos de contratação direta, também não seria exclusiva em todas as outras situações. A analogia, entretanto, é questionável pois, à diferença da contratação direta, a contratação precedida de um procedimento licitatório dispõe de mecanismos que, se conduzidos de forma adequada, são capazes de conduzir à realização de aquisições revestidas de economicidade, dentre os quais a própria competição entre os licitantes.

Com base em parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, o Voto condutor do Acórdão 15/2002 – Plenário reconheceu não haver, na Lei 8.666/1993, dispositivo expresso sobre a imputação de responsabilidade solidária do contratado e do agente público em virtude de superfaturamento nos contratos decorrentes de procedimentos licitatórios⁵⁴⁰. Entretanto, segundo a Corte de Contas, a interpretação da Lei 8.666/1993 permitiria concluir que a possibilidade de responsabilização seria extensiva a todos os contratos administrativos, mesmo não se tratando de contratação direta, pois se a licitação seria destinada a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (cf. art. 3º da LLC), quando os valores contratados forem superiores aos de mercado, a vantagem desejada pelo ordenamento teria cedido lugar a uma desvantagem, a um prejuízo para a Administração Pública⁵⁴¹. Esse prejuízo deveria ser imputado àquele que lhe deu causa, mediante a obrigação de reparar o dano.

Como verificado no Capítulo II, a tentativa de mensuração do valor de um contrato mediante critérios objetivos acaba levando a resultados inconsistentes, como considerar danosa para uma das partes qualquer contratação que não tenha ocorrido ao valor médio de mercado. Mesmo se admitindo uma avaliação objetiva da equivalência contratual, sob uma perspectiva de dirigismo contratual, a alegação de desproporção entre as prestações poderia configurar uma lesão, fundamento de anulação do negócio jurídico apenas em determinadas condições, não um dano patrimonial. Assim, a vantagem da Administração na realização do contrato deveria ser mensurada em relação à melhor alternativa disponível à contratação, ou seja, a utilização de seus próprios recursos para a fabricação do insumo adquirido.

comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

⁵⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 15/2002 – Plenário. TC 006.002/1996-0. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 15/2002 – Plenário. TC 006.002/1996-0. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

O referido Voto condutor acrescenta ainda que a Lei 8.666/1993, ao tipificar as condutas penalmente relevantes, teria capitulado como crime a ação de fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias ou contrato dela decorrente, elevando arbitrariamente os preços ou tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato (art. 96, inc. I e V). Sustentou-se, assim, que esse caráter fraudulento seria referente à finalidade da licitação, e que a prática de preços superiores aos de mercado frustraria o intento de se alcançar a proposta mais vantajosa e desse modo lesaria o interesse patrimonial da Administração⁵⁴².

Quanto a este argumento, é comum os contratados alegarem que a simples elevação de preços não poderia ser tipificada como crime, citando corrente doutrinária segundo a qual todo particular teria assegurada sua liberdade de formular propostas de contratação com a Administração, e que esta teria o ônus de recusar proposta cujos valores julgue excessivos⁵⁴³. Ademais, o significado comumente aceito de fraudar é o de empregar meio enganoso, com a finalidade de ludibriar, de alterar a verdade de fatos ou a natureza das coisas, e a conduta típica no caso consiste em praticar ato para iludir, enganar ou ludibriar a contratante, pondo em risco o bem jurídico tutelado. Deve, então, haver o objetivo de enganar a Administração Pública, induzindo-a ou mantendo-a em erro pelo meio fraudulento⁵⁴⁴.

Assim, não basta estabelecer que a elevação de preços deva ser absurda e exagerada, de modo a ser manifesta. Nesse caso, a responsabilização poderia ser afastada com a demonstração: i) que a diferença seria aceitável e estaria dentro variabilidade esperada e inerente a qualquer contratação; ou ii) que o preço de mercado era distinto da referência

⁵⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 15/2002 – Plenário. TC 006.002/1996-0. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵⁴³ “Nesse ponto, o dispositivo é inconstitucional, por ofender os arts. 5º, inciso XXII (garantia ao direito de propriedade), e 170, inc. IV (livre concorrência). Todo particular tem assegurada a mais ampla liberdade de formular propostas de contratação à administração pública. Para tanto, examinará seus custos, estimará seus lucros e fixará os riscos que pretende correr. Não pode ser constrangido a formular proposta para a administração pública idêntica à que formularia para terceiros. Portanto, se o particular decidir elevar seus preços, ainda que de modo arbitrário, não praticará ato reprovável pela lei penal. Se a administração reputar que os preços são excessivos, deverá rejeitar a proposta e valer-se dos instrumentos jurídicos de que dispõe (inclusive e se for o caso, promovendo a desapropriação mediante prévia e justa indenização)” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 875). No mesmo sentido Cezar Roberto Bittencourt entende haver “grande dificuldade em admitir a constitucionalidade de criminalizar a fixação de preços, mais ou menos elevados, de bens ou mercadorias em um certame em que vige (ou, pelo menos, deveria) a liberdade concorrencial na disputa para oferecer as melhores condições ao poder público, respeitados os requisitos do edital, ao poder público. Afinal, o que consistiria a gravidade jurídico-penal da conduta de um indivíduo oferecer o seu produto ao preço que considerar adequado? Basta ser recusada sua oferta, e ponto final” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 326).

⁵⁴⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 323.

inicialmente adotada pelo órgão de controle; ou ainda iii) que o mercado relevante fora incorretamente definido, pois o objeto fornecido era diverso⁵⁴⁵. Para ser criminalizada, no entanto, a elevação dos preços deve ser objeto de verdadeiro ajuste ilícito entre os competidores, ou entre um deles e o agente público licitante. Uma vez que as empresas apresentem normalmente preços distintos, a apresentação de um preço aparentemente injustificável já seria suficiente para alijá-las naturalmente da competição, mas não significaria um comportamento criminoso⁵⁴⁶.

Como as figuras típicas trazidas pela Lei 8.666/1993 requerem o dolo como elemento subjetivo do tipo, isso indica que a reprovação recai sobre a vontade em fraudar procedimento licitatório, não a de apenas receber vantagem econômica mais elevada. A interpretação segundo a qual a simples elevação dos preços, sem a utilização de meio fraudulento, constituiria ato doloso pelo fato de que o licitante teria tido vontade livre e consciente no ato de oferecer a proposta com valores *ex-post* considerados elevados violaria a garantia constitucional da livre concorrência, assegurada pelo art. 170, inc. IV, da CF/1988, e implicaria restrição abusiva a esta liberdade, ameaçando-a com sanção criminal.

A responsabilização, no caso, também implicaria ofensa ao direito de propriedade, respaldado no art. 5º, inc. XXII, da Constituição Federal⁵⁴⁷. Embora ele não seja absoluto e esteja sujeito a diversas limitações pelo ordenamento jurídico, entender a oferta de preços superiores aos de mercado em licitação em si mesma como reprovável (ou seja, culposa em sentido amplo, seja dolosa, imprudente ou negligente) ou abusiva (caso em que seria sancionada independente de culpa), representaria sua restrição de uma maneira desnecessária e desproporcional, uma vez que o próprio sistema concorrencial licitatório pondera de forma adequada a livre-iniciativa, a liberdade de concorrência e o interesse público, ao dispor de mecanismos adequados para resolver democraticamente o problema sem violar as garantias constitucionais⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Entretanto, ao requerer que ela não seja “desproposita”, está se exigindo um fundamento além da vontade do ofertante em receber determinada quantia. Nesse caso, a alegação de dano poderá ser afastada com a existência de uma razão técnica, que fundamenta a cobrança de preços superiores pelo fato de que estes se destinam a cobrir custos mais elevados, enquanto a simples disposição do particular em maximizar o lucro será considerada “arbitrária”.

⁵⁴⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 325.

⁵⁴⁷ Como salienta Bandeira de Mello, “Seria agressivo à lealdade, à boa-fé e à segurança jurídica que o sujeito que se compôs com o Estado, em termos por este delimitados, viesse ao depois sofrer consequências detrimen-tosas em decorrência deste mesmo fato, sobre o contraditório argumento de que a fiel obediência ao que ali havia sido prescrito é prejudicial ao interesse público” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 421).

⁵⁴⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 327.

Assiste razão ao Voto condutor do Acórdão 15/2002 – Plenário quando afirma que a licitação buscaria o equilíbrio dinâmico entre dois valores: o interesse público, de um lado, e o privado, de outro⁵⁴⁹. O Tribunal assevera ainda que o perfil “constitucional” da licitação seria complementado apenas quando se consideram, ao lado do dever de licitar constitucionalmente imposto à Administração Pública os princípios constitucionais relacionados tanto às pessoas naturais ou jurídicas que pretendessem apresentar propostas em certames licitatórios, quanto àquelas que neles tenham interesse enquanto simples cidadãos⁵⁵⁰. Em tese, referidas premissas estão corretas, mas a partir de uma noção específica de interesse público e da supremacia deste sobre o interesse individual, o Acórdão deduz que seria ilícita ou abusiva a apresentação de proposta que implicasse uma divisão desequilibrada do excedente contratual.

É questionável, ademais, o quão a imputação de responsabilidade reintegratória em casos em que não haja outros indícios de fraude ao processo licitatório venha a atender efetivamente ao interesse público, pois os negócios que a Administração efetua com terceiros mediante relações voluntárias correm a mesma sorte que quaisquer outras relações jurídicas no que concerne aos efeitos econômicos das leis de mercado⁵⁵¹. A imputação de responsabilidade, nestes casos, amplia a incerteza sobre os retornos da contratação administrativa, para além das cláusulas exorbitantes já previstas no ordenamento jurídico, ainda que a alteração dos efeitos econômicos não seja realizada de forma unilateral pela administração-contratante enquanto parte, mas sim pelo órgão constitucional de controle, atuando de forma independente e respeitando o princípio do contraditório. Do ponto de vista de um particular contratado, trata-se da mesma Administração Pública manifestando sua vontade de forma contraditória, apenas por órgãos distintos.

Atuando de forma a manter a contraparte sob incerteza, o ente público não pode esperar ser considerado como um cliente confiável, ao qual são ofertáveis preços compatíveis com a pontualidade, lisura e equilíbrio entre partes. Continuará a ser considerado um contratante de pouca ou nenhuma confiabilidade, que arcará com as consequências de interpretações doutrinárias, teorias, concepções construídas em na defesa do interesse público,

⁵⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 15/2002 – Plenário. TC 006.002/1996-0. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 15/2002 – Plenário. TC 006.002/1996-0. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 419.

mas que prescindem de fundamentação jurídica consistente e terminam por constituir fonte de prejuízos aos cofres públicos⁵⁵².

Outro argumento invocado pelo Voto condutor do Acórdão 15/2002 – Plenário, mais próximo da abordagem objetiva do abuso de direito de realizar oferta em licitação, é que o princípio da moralidade administrativa (art. 37, da CF/1988) não deveria ser interpretado como mero código de comportamento a ser observado pelos agentes públicos, mas sim de forma mais abrangente, como regra de conduta que deveria permear todas as relações mantidas com o Poder Público, incluindo-se aí os procedimentos mantidos por todos aqueles (pessoas físicas e jurídicas) que com ele devam ou pretendam transacionar⁵⁵³. Nesse sentido, haveria um dever do licitante de não abusar de seu direito de apresentar proposta ou celebrar contrato administrativo a preços superiores aos de mercado, entendido como um dever moral. Haveria a liberdade em apresentar propostas em processo licitatório, mas exercer esse direito de modo a obter preços manifestamente superiores aos normalmente praticados pelo mercado seria exercê-lo de forma abusiva, contrária à boa-fé objetiva e à moralidade administrativa. O Acórdão acrescenta ainda que o conceito de moralidade teria sido introduzido no Direito Civil por meio da doutrina do exercício abusivo dos direitos, de forma a caracterizar a cobrança de valores superiores aos preços “justos” como enriquecimento sem causa⁵⁵⁴.

Diversamente da conclusão alcançada pelo Tribunal, entretanto, a premissa de harmonização entre interesse público e interesse privado e a consideração dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público não permitem deduzir que a conduta do ofertante seja em si ilícita ou abusiva. Conforme verificado no Capítulo II, a composição do interesse público com o interesse particular ocorre, por definição, com a realização de regular processo licitatório e da celebração do contrato administrativo, no qual o interesse do particular de auferir lucro com sua atividade econômica é contraposto ao interesse do ente administrativo em satisfazer o máximo de necessidades coletivas com os recursos públicos

⁵⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 115-116.

⁵⁵³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 15/2002 – Plenário. TC 006.002/1996-0. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

⁵⁵⁴ “12. Nunca é demais lembrar, ainda nesse sentido, que o conceito de moralidade foi introduzido no Direito Civil [...] por meio das doutrinas do exercício abusivo dos direitos e, depois, pelas doutrinas do não-locupletamento à custa alheia e da obrigação natural. Cobrar da Administração Pública valor que se situe acima do preço justo, assim entendido aquele praticado no mercado, traz inegável locupletamento à custa alheia, traduzido em enriquecimento sem causa” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 15/2002 – Plenário. TC 006.002/1996-0. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.)

disponíveis. Se essa harmonização for sujeita a questionamento posterior, é cabível a anulação do processo licitatório e do contrato dele decorrente, com as consequências previstas na Lei 8.666/1993, dentre as quais está a promoção de responsabilidade de quem lhe deu causa, (cf. art. 59, parágrafo único), não do particular que tiver se comportado de boa-fé⁵⁵⁵.

Assiste razão, conseqüentemente, à corrente doutrinária que defende a necessidade de ajuste ilícito entre agentes particulares ou entre agente público e agente particular, demonstrada pelo menos mediante um conjunto de indícios do qual se possa extrair uma conclusão verossímil, para possibilitar a imputação de responsabilidade solidária pelo dano causado ao erário, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992.

É verdade que a alegação de ilegalidade na formação de vontade do ente público faz surgir um confronto de interesses entre este e o particular, sendo necessário estabelecer a qual deles será outorgada proteção. Essa alocação de direitos, entretanto, não deve ser realizada mediante a imputação de modalidade de responsabilização civil, pois mesmo que a leitura dos textos normativos não permita que estes sejam interpretados de forma unânime, isso não significa que lhes possam ser atribuídos significados inconsistentes com aqueles normalmente compartilhados pelos operadores do Direito.

Afastam-se, dessa forma, interpretações segundo as quais i) a divisão não equitativa do excedente contratual constituiria um dano; ii) o oferecimento de proposta com sobrepreço configuraria “concorrer” para a prática desse alegado dano; e, conseqüentemente, iii) o oferecimento de proposta pelo particular seguido de atuação culposa do gestor público na definição das preferências organizacionais da Administração consistiria em “conluio” do agente público com o licitante particular. Referidas interpretações, conquanto movidas pelo interesse de proteger a coisa pública, levam a resultados incongruentes e falham no desiderato de proteger o erário.

Conclui-se, assim, que a imputação de responsabilidade reintegratória em casos de superfaturamento por preços excessivos nos quais não se verificam outros indícios de fraude

⁵⁵⁵ Dessa forma, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que “Se a licitação é corretamente efetuada, com a divulgação imposta pela lei, e se desenvolve em obediência aos tramites normativos pertinentes, resulta claro que os preços com que afinal se defronta são os únicos que pode obter. Então, se for eleito o menor deles, isto é, o que apresente mais vantagens para a promotora do certame, evidentemente a licitação não será viciada em razão do preço acolhido, salvo se [...] tiver havido conluio entre agentes da entidade que a promoveu e os afluentes ao certame ou, ainda, se os próprios ofertantes houverem se concertado para engendrar propostas artificialmente elevadas. Em tal caso, se a Administração, mediante procedimento regular, respeitoso do devido processo legal, apurar ocorrência do gênero, aí sim configurar-se-á um caso de invalidação do certame e necessária responsabilização dos envolvidos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 118).

ao procedimento licitatório mostra-se incompatível com a modalidade subjetiva de responsabilização, contrariando a própria jurisprudência da Corte de Contas que prevê sua adoção em sede de responsabilidade financeira. Verifica-se que, na prática, a Corte adota nesses casos uma modalidade de responsabilidade objetiva com base no instituto do abuso de direito, ainda que não seja definido adequadamente de que forma a conduta do particular configuraria manifesta transgressão de limites impostos pelo fim econômico e social da liberdade contratual, pelos bons costumes e pela boa-fé.

CONCLUSÃO

Ao final deste estudo, sintetizam-se as conclusões alcançadas, as quais permitem demonstrar que a imputação de responsabilidade financeira reintegratória ao terceiro contratado pelo superfaturamento por preços excessivos não pode ser considerada como uma modalidade de responsabilidade subjetiva, caso seja aplicada em casos nos quais não haja outros indícios de fraude ao processo licitatório.

A atividade de controle externo desempenhada pelos Tribunais de Contas representa fiscalização, na qual se verifica a conformidade de uma atividade da Administração Pública com parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico e se utilizam sanções como condenação patrimonial e multas em caso de irregularidades na gestão de recursos públicos. Essas sanções são normalmente impostas pela atividade de julgamento de contas, competência atribuída com exclusividade aos Tribunais de Contas pela Constituição Federal, na qual não apenas se examina a exatidão dos demonstrativos contábeis mas também os elementos subjetivos da atuação do agente público. Particulares que celebram contratos com o poder público não possuem a “obrigação de prestar contas” estabelecida no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, mas sua responsabilização será possível quando tiverem concorrido de algum modo para o cometimento de dano ao erário, nos termos do art. 16, § 2º, alínea “b”, da Lei 8.443/1992. Se a responsabilização do agente público requer uma análise dos elementos subjetivos de sua conduta, não há razão jurídica para que o particular contratado seja responsabilizado de forma objetiva.

Pela própria inexistência de hierarquia entre o administrador e o controlador, a Corte de Contas não age como revisora da atividade da Administração. A fiscalização não é exercida diretamente sobre os contratos administrativos, mas sobre os agentes responsáveis por sua celebração e execução, que podem receber determinações para que adotem as “providências necessárias ao exato cumprimento da lei”, e, eventualmente, sofrer sanções como a imputação de débito e a aplicação de multa. Entretanto, considerar a prática de determinado preço como uma conduta reprovável em si mesma leva à utilização da responsabilidade financeira reintegratória não como forma de reparação de danos, mas como instrumento para reverter os efeitos patrimoniais de contratos que venham a ser considerados ilegítimos, antieconômicos e lesivos ao erário e ao interesse público. Formalmente, o contrato não estará sendo alterado unilateralmente pela Administração, e a contratação a preços manifestamente superiores aos de mercado será considerada pela Corte como ato contrário ao

Direito, configurando fundamento para o julgamento pela irregularidade das contas do gestor público e para sua consequente responsabilização.

Verificou-se que a responsabilidade financeira do agente público decorre da violação de seu dever originário de prestar contas da própria atuação, constatada no julgamento pela irregularidade de suas contas, após uma avaliação negativa dos elementos objetivos e subjetivos de sua conduta caracterizada como contrária ao Direito tendo em vista a ocorrência de uma das hipóteses fáticas legalmente estabelecidas. O particular contratado, por outro lado, não está sujeito à obrigação de prestar contas e só pode ser responsabilizado em sede de controle externo por expressa previsão legal, apenas de forma conjunta e solidária ao agente que detenha contas a prestar, quando tiver com este concorrido para a prática de: a) dano decorrente do ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; b) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos. Sua responsabilidade não tem como fundamento o dever de prestar contas e pode ser compreendida como uma modalidade de responsabilização civil, cujos pressupostos são extraídos a partir da análise da Lei Orgânica do TCU, de acordo com a qual deverá haver “dano ao erário”, “conduta ilícita”, e “nexo de causalidade”.

Esclareceu-se que um processo de responsabilização financeira tanto pode examinar deveres jurídicos previstos em contratos administrativos como aqueles estabelecidos a partir de enunciados normativos e em princípios gerais de direito. O superfaturamento de quantidades e o superfaturamento por execução de serviço com qualidade deficiente são facilmente caracterizados como ilícitos contratuais, mas é difícil enquadrar a eventual responsabilização como contratual ou extracontratual. Não se discute o descumprimento de obrigação pactuada, mas também não há correspondência com os problemas resolvidos por responsabilidade extracontratual, nos quais não há uma relação jurídica prévia entre autor e vítima do dano. O sobrepreço em questão foi objeto de uma negociação entre o ente público e o particular, e a dificuldade na classificação da responsabilidade quando não há outros indícios de ocorrência de fraude já é um indício da inconsistência na definição de qual teria sido dever jurídico violado pelo particular.

Verificou-se questionável a qualificação do pagamento de um preço negociado em contratação administrativa como um dano em sentido jurídico, enquanto a validade desse contrato não tiver sido adequadamente questionada. Um dano deve ser juridicamente entendido como uma perda decorrente de um fato que não tenha sido objeto de acordo de vontades, mas a divisão do excedente contratual foi discutida na respectiva negociação.

Embora a aquisição com sobrepreço possa resultar em uma diminuição patrimonial em um sentido contábil, não é adequado mensurar o valor gerado por um contrato a partir da simples comparação do preço contratual com o preço normalmente praticado pelo mercado, ainda que se trate de um contrato administrativo. O ordenamento jurídico dispõe de instrumentos para a rediscussão da divisão do excedente contratual gerado por um contrato que venha a ser considerado desequilibrado, os quais não envolvem a imputação de dano em sede de responsabilização. O fato de o preço contratual ter sido objeto de um negócio jurídico bilateral impede que se fale em violação de direito até que tenha sido constatada a invalidade da manifestação de vontade da Administração Pública.

Também se demonstrou que a responsabilização não deve ser fundamentada tão-somente no princípio da supremacia do interesse público, pois este não está desvinculado dos interesses de cada uma das partes que formam o todo e deve ser definido a partir do direito positivo. A manifestação de vontade da organização administrativa deve ser formada para satisfazer necessidades coletivas, a partir da observância de princípios e regras destinadas a assegurar que essas decisões atendam aos interesses do todo. A decisão quanto ao preço contratual não é discricionária, e se houve licitação regularmente processada, sem colusão entre licitantes ou conluio entre administrador e contratado, os preços dela advindos podem ser considerados os melhores que poderiam ter sido obtidos naquele momento e naquelas condições.

Enquanto a validade do contrato administrativo não é retirada, em que pesem as diferenças no processo de tomada de decisão entre um indivíduo e uma entidade coletiva, o fato de a transação ter ocorrido revela as preferências da Administração e demonstra que o preço o qual essa coletividade efetivamente estava disposta a pagar, que deveria corresponder ao “preço de mercado”, era no mínimo igual ao preço pactuado. Para afastar essa presunção, é necessário ter sido cometida alguma irregularidade no procedimento licitatório a qual retire a validade do contrato administrativo. Constatou-se dessa forma que o superfaturamento por preços excessivos ocorre quando as preferências da Administração Pública não foram perfeitamente definidas, devido à violação de dever de um de seus agentes, cuja negligência tenha privado a coletividade de informações adequadas sobre o quanto deveria estar disposta a pagar e empregado quantias superiores às que deveriam estar disponíveis para a satisfação do interesse público. Nos casos em que não se possa afirmar que um tomador de decisão tenha atuado racionalmente, isto é, de forma compatível com seus objetivos, o ordenamento prevê a nulidade do negócio jurídico. De modo análogo, a falha na formação da manifestação de

vontade do ente público induz à nulidade do processo licitatório e do contrato administrativo, por ofensa aos princípios da legalidade e da economicidade.

Examinou-se que o artigo 70 da Constituição Federal impõe aos Tribunais de Contas a realização do controle de legitimidade e de economicidade dos atos e contratos administrativos. A existência de um interesse do ente público em não realizar contratações a preços significativamente superiores aos de mercado (extraído das normas positivadas nos dispositivos da Lei 8.666/1993, da Lei 10.502/2002, da Lei 12.463/2011 e do Decreto 7.983/2013) e a necessidade de um critério objetivo para essa avaliação de economicidade conduzem à utilização dos preços de mercado, ainda que sua utilização como parâmetro para medir do valor proporcionado por uma contratação também possa ser questionada. Não há a fixação de um percentual específico, mas o Tribunal tem o dever de examinar no caso concreto se a diferença entre o preço contratual e o preço utilizado como referência para representar um conjunto de transações de um determinado mercado pode ser considerada admissível e esperada. Caso contrário, constata-se a existência de uma violação ao interesse da coletividade, cometida pelo agente público que estava encarregado de seguir os procedimentos previstos nos normativos citados.

Logo, o superfaturamento por preços excessivos somente ocorre quando houver no mínimo culpa em sentido estrito do agente público, que tem o dever de tomar as medidas para a Administração possa ter noção do valor da prestação contida na proposta do licitante, estabelecendo com precisão o objeto a ser contratado e a disposição da Administração em pagar por ele, conhecendo os preços normalmente praticados para o bem ou serviço em questão e desclassificando propostas em desacordo com média ou mediana desses valores. Uma vez que o julgamento de contas requer a avaliação dos elementos subjetivos e objetivos da conduta do gestor, sua atuação será considerada ilegítima e antieconômica quando se constata a não adoção de uma medida eficiente que estivesse a seu alcance.

A não realização ou realização deficiente dessas medidas configura ilegalidade, fundamento para a invalidação do processo licitatório e do contrato administrativo, nos termos do art. 49 e do art. 59 da Lei 8.666/1993. A partir do momento em que a validade do contrato administrativo é questionada, afasta-se a presunção de que sua realização tenha sido benéfica para ambas as partes e que a Administração estava disposta a pagar o preço contratado. Desloca-se o problema para a responsabilização daquele agente a que tenha causado a invalidade, nos termos do art. 59 da Lei 8.666/1993.

Examinou-se que a responsabilidade financeira deve ser imputada de forma subjetiva, mas não é possível se afirmar que a legislação defina um dever do particular licitante de ofertar propostas comerciais restritas a uma determinada faixa de valores, reputados compatíveis com uma medida representativa dos preços praticados no mercado. Nos casos em que forem identificadas condutas claramente definidas como ilícitas tais como fraude ao processo licitatório cometida conjuntamente com gestor público ou acordo colusivo entre licitantes, a nulidade deverá ser imputada ao particular contratado, o qual deverá ser responsabilizado nos termos do art. 59 da LLC.

Conclui-se que o entendimento segundo o qual a conduta reprovável em sede de responsabilização financeira, em vez de “fraudar processo licitatório”, seria simplesmente “causar danos ao erário pela prática de preços superiores à média de mercado” seria confundir a conduta culposa com o próprio resultado que se alega danoso, alcançando-se resultados análogos aos da responsabilidade objetiva. Partir-se-ia da premissa de que um agente econômico deveria buscar praticar valores compatíveis com o de seus concorrentes, em vez de tentar maximizar seus lucros. Mesmo se este argumento fosse adotado, a hipótese se mostra incompatível com uma modalidade culposa em sentido estrito, uma vez que a eventual demonstração de que o particular teria tomado medidas esperadas de um agente econômico “prudente” implicaria o afastamento da própria alegação de dano.

Determinados julgados do TCU mencionam a existência de uma presunção de culpa do contratado, a qual deve ser interpretada como a possibilidade de se concluir pela existência de alguma fraude ou conluio à licitação quando o sobrepreço for de grande magnitude e estiver acompanhado de outros fatos indiciários de conduta fraudulenta. Dessa forma, pode-se concluir pela responsabilização subjetiva do contratado, contanto que haja outros indícios de que sua conduta contribuiu ativamente para a irregularidade do processo licitatório e para a nulidade do contrato.

Quando não há outro indício de fraude, porém, não há como se considerar a oferta de preço superior ao de mercado como conduta em si mesma reprovável. Mesmo que se adote a premissa de que o então licitante conhecia os preços normalmente praticados, não há sentido em se entender pela presunção de que o particular teria tido “vontade livre e consciente” em praticar esses valores com a Administração, portanto teve uma intenção de lesar, passível de reprovação social.

A pretensão de se impor ao particular contratado um dever jurídico de “não causar o prejuízo mediante prática de preços superiores aos de mercado” desempenha papel relevante para que a imputação de débito ao particular contratado seja impropriamente realizada de forma objetiva, apenas verificando-se a diferença entre o preço pactuado e o preço referencial para os de mercado, embora não haja previsão legal expressa de que a responsabilidade financeira reintegratória será apurada independentemente de culpa.

De modo análogo, também não é possível se afirmar que a simples formulação de proposta comercial com preços superiores ao valor representativo do conjunto dos preços praticados pelo mercado constitua “concurso” com o agente público, nem “concorrência” para o superfaturamento por preços excessivos em questão. Na situação em análise, o agente formula a proposta, mas o que acarreta o alegado prejuízo é a conduta negligente do gestor público que, em um momento posterior, não verifica a compatibilidade das propostas com preços de mercado. Embora a oferta seja uma condição da celebração e execução do contrato com sobrepreço, não pode ser juridicamente considerada uma causa adequada, nem uma causa direta e imediata do superfaturamento, a menos que haja um ajuste ilícito entre os licitantes, ou entre estes e o gestor. Na restrita hipótese examinada pelo trabalho, a violação ao interesse protegido é praticada pelo agente público, não pelo particular contratado.

Averiguou-se que responsabilização pelo superfaturamento por preços excessivos pode atingir efeitos patrimoniais análogos aos da anulação da licitação e do contrato administrativo, contanto que o débito seja imputado apenas ao contratado que adotar conduta dolosa destinada a fraudar o procedimento licitatório, situação na qual seria considerado como responsável pela nulidade. A mera oferta de proposta licitatória, ainda que com preço significativamente mais elevado que a média de mercado, não é fundamento hábil para se considerar que a nulidade do contrato administrativo é imputável ao particular nem para a decorrente responsabilização.

Contudo, ao se verificar que a variação patrimonial negativa foi gerada por atos claramente contrários ao Direito, constata-se a violação a interesse juridicamente protegido e a ocorrência de um dano. O estudo mostrou, assim: i) a impossibilidade de se considerar a diferença entre preços contratuais e de mercado como dano enquanto o contrato administrativo que gerou os efeitos não tem sua nulidade declarada, o que pode ser realizado pela própria autoridade administrativa encarregada de instaurar a TCE; ii) que a conduta do licitante, quando não há fraude ao processo licitatório, não deve ser enquadrada como um ato

ilícito ou abusivo, não sendo apta para considera-lo corresponsável por esse vício e para permitir sua responsabilização.

Caso o Tribunal de Contas, por sua vez, constate a invalidade do ajuste, pode assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, (cf. art. 71, inc. IX, da CF/1988) determinando que a Administração promova: i) a invalidação do procedimento licitatório e do contrato mediante parecer devidamente fundamentado, assegurando o contraditório e a ampla defesa, conforme o art. 49 da Lei de Licitações e Contratos; ii) a responsabilização de quem deu causa à nulidade, consoante o art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, mediante a instauração da competente TCE.

Dessa forma, a responsabilização do agente público não deve ser estendida de forma objetiva ao particular, sem um exame da reprovabilidade de sua conduta. Embora tenham sido encontradas poucas decisões do TCU que versassem especificamente sobre a hipótese de superfaturamento de preços sem outros indícios de fraude, a análise dos Acórdãos demonstrou que a argumentação se desloca da prática de ato ilícito doloso ou culposo para aquela segundo a qual o licitante abusaria de seu direito subjetivo de formular a respectiva proposta comercial. Como não é possível se afirmar que o contratante esteja violando um direito da Administração, busca-se estabelecer uma limitação ao direito do licitante de estabelecer livremente sua proposta, fundamentada no instituto do abuso de direito, sem se definir com precisão, entretanto, de que forma tal conduta implicaria uma efetiva violação da boa-fé, dos bons costumes e dos fins sociais e econômicos desse direito. Adotam-se, por outro lado, elementos narrativos próprios do senso comum teórico que vem se consolidando no direito contratual brasileiro, baseado em dirigismo e solidarismo contratuais. No contexto específico, o Estado, em nome da supremacia do interesse público sobre os interesses individuais, passa a ser considerado como a parte a ser protegida na relação negocial, em processo que culmina na utilização de mecanismo de responsabilização análogo à responsabilidade civil para a rediscussão de equilíbrio contratual.

Confirmou-se, dessa forma, a hipótese inicial segundo a qual as dificuldades observadas na caracterização das premissas quanto aos pressupostos de superfaturamento por preços excessivos (dano ao erário, conduta culposa e nexo de causalidade) impedem que a responsabilidade reintegratória, caso seja imputada ao particular contratado quando não houver outros indícios de fraude ao procedimento licitatório, seja classificada como uma forma de responsabilidade subjetiva. Tal procedimento contraria a própria jurisprudência da

Corte de Contas que prevê a adoção dessa modalidade em sede de responsabilidade financeira.

O ato ilícito, em sua configuração tradicional, pressupõe violação a direito, mas a aplicação dos princípios de Direito Administrativo aos contratos celebrados pelo ente público não se mostra suficiente para se afirmar que a Administração Pública tenha direito a contratar a preços iguais ou menores que os de mercado. Ela tem o dever de fazê-lo, sem que para isso se mostre necessário adotar uma interpretação que não concilie a liberdade do agente econômico na formação de seu preço contratual com o controle da economicidade dos contratos administrativos.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (org.) *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CFJ, 2012. p. 74. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2015.
- ACCIARRI, Hugo; CASTELLANO, Andrea; BARBERO, Andrea. Daños, Instituciones e incentivos: hacia um modelo unificado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ECONOMIA POLÍTICA. *Annual Papers*. Buenos Aires: AAEP, 2001. Disponível em: <www.aaep.org.ar/anales/works/works2001/acciarri_castellano_barbero.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2014.
- ALVIM, Agostinho Nunes de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Roque. *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União Anotada – Normativos Correlatos*. Belo Horizonte: Forum, 2006.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ANDRADE, Ricardo Barreto de. A preservação dos efeitos de licitações e contratos reputados irregulares pelo Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, São Paulo, v. 2, n. 5. p. 119-133, 2014.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado – RERE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 2 jan. 2015.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BAETA, André Pachioni. *Orçamento e controle de preços de obras públicas*. São Paulo: Pini, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, n. 203. p. 131-140. Rio de Janeiro, jan./mar. 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria Geral do Dano: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003.

BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 13. p. 42-55, jan. 1995. Disponível em: <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 10 set. 2014.

BITTENCOURT, Cézar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem 595*, de 24 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/VEP-595.htm>. Acesso em: 19 dez. 2014.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis em licitações*. Brasília, 2010. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público*. 6. ed. Brasília, 2014. Disponível em: <www.tesouro.fazenda.gov.br/mcasp1>. Acesso em: 5 jan. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2011.

_____. *Manual de Auditoria Operacional*. 3. ed. Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog). Brasília, 2010.

_____. *Portaria Adplan 1/2010 – Orientações para elaboração da matriz de responsabilização*. Boletim do Tribunal de Contas da União Especial, ano XLIII, n. 3. Brasília, 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et al. *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CALABRESI, Guido. *The cost of accidents – a legal and economic analysis*. New Haven: Yale, 1972.

CALIXTO, Marcel Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

CARNEIRO NETO, Durval. *Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade*. Salvador: Juspodivm, 2008.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. O processo de contas no TCU: o caso de gestor falecido. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, n. 81. p. 17-27. jul./set. 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CECCATO, Marco Aurélio. *Carteis em licitações: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate*. In: BRASIL. Secretaria de

Acompanhamento Econômico. VII Prêmio SEAE 2012 – Advocacia da Concorrência e Regulação Econômica. Brasília: SEAE, 2012. Disponível em <www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2012/livro-2012/3-lugar-tema-1>. Acesso em 15 nov. 2014.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Controle Externo da Gestão Pública: a fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas – teoria e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

COLOMA, German; PERNICE, Sergio. Elementos para uma teoria económica unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual. In: ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ECONOMIA POLÍTICA. *Anales*. Buenos Aires: AAEP, 2000. Disponível em: <www.ucema.edu.ar/u/gcoloma/responsab.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2014.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil*. 3. ed. São Paulo: CIEE, 2007.

COOTER, Robert. *Unity in tort, contract and property: the model of precaution*. California Law Review, vol. 73, n. 1. p. 1-51, jan. 1985.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman. 2010.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. v. 27, n. 57, pp. 11-31, 2004. p. 21. Disponível em: <www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2015.

_____. Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no Direito Administrativo brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. v. 27, n. 57, pp. 171-180, 2004. Disponível em: <www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_57_sup.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2015

CRETELLA JUNIOR, José. Natureza das decisões do tribunal de contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 24, n. 94, abr./jun. 1987. p. 183-198. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181721>. Acesso em: 13 dez. 2014.

CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA, Bruno Santos; CARVALHO, Thiago Mesquita Teles de. *Súmulas do TCU organizadas por assunto, anotadas e comentadas*. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, p. 15-48, nov./dez. 2013. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=99053>. Acesso em: 20 Maio 2014.

_____. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set. 2013. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=97453>. Acesso em: 11 abr. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 7.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos. (coord.). *Os 10 anos do código civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERRAZ, Luciano. Tomada de Contas Especial, Responsabilidade Civil e Processo Administrativo Disciplinar. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 3, n. 26, abr. 2003. Disponível em: <bid.editoraforum.com.br>. Acesso em: 21 nov. 2014.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacobi. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas*. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no Direito Civil*. Coimbra: A. Amado, 1938.

FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de contas públicas: contas de governo e contas de gestão. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, mar. 2007. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=48885&idPublicacao=16>. Acesso em: 12 dez. 2014.

_____. O controle de legitimidade do gasto público. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 5, n. 54, jun. 2006. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=35837>. Acesso em: 10 dez. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Roberto. *Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.3.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade Financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUERRA, Evandro Martins; PAULA, Denise Mariano de. A função jurisdicional dos Tribunais de Contas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 143. p. 36-54, jan. 2013. Disponível em: <bid.editoraforum.com.br/bid/PDI000.aspx?pdiCntd=84238>. Acesso em: 29 dez. 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS – IBRAOP. *Apuração do sobrepreço e superfaturamento em obras públicas*. Orientação Técnica OT IBR 005/2012. p. 4. Disponível em: <www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_-_IBR_005-2012.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

KERKMEESTER, Heico. Methodology: general. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Eds.) *Encyclopedia of law and economics*, v. 1, 2000. p. 387. Disponível em: <encyclo.findlaw.com/0400book.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2014.

LANDES, Willian; POSNER, Richard Allen. Nexo de causalidade e responsabilidade civil. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.) *Direito e Economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, Alan de Oliveira. *Superfaturamento de Obras Públicas: estudo das fraudes em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Livro Pronto, 2011.

LOPES, Christian Sahb Batista. *Responsabilidade pré-contratual: subsídios para o direito brasileiro nas negociações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. Parâmetros para o controle dos contratos administrativos. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1. p. 193-243, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77583>. Acesso em: 14 abr. 2014.

_____. *Controle de preços nos contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MAGALHÃES, Marcos Nascimento; LIMA, Antonio Carlos Pedroso de. *Noções de Probabilidade de Estatística*. 6. ed. São Paulo: Edusp, 2008.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento. Curso de Processo Civil*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 4 em 2.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administradores dentro da Lei 8.429/92*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 27, n. 108. p. 101-126, out./dez. 1990. p. 125. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175815>. Acesso em: 12 dez. 2014.

_____. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: RT, 2009.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. Dano ao erário em hipóteses de licitação ou contrato. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 254. p. 27-38, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas Contratuais Gerais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Ed., 1947, v. 2.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. O Parlamento e a Sociedade como Destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et. al. *O Novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Consistência e aceitabilidade dos preços nas licitações públicas: disfunções do comportamento administrativo. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 99, mar. 2010. p. 5. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=65976>. Acesso em: 21 abr. 2014.

MULHOLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. Brasília, 2009. p. 2. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. Observações acerca dos sujeitos do ato de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 750. p. 69. abr./1998. Disponível em: <revistadostribunais.com.br> Acesso em: 9 fev.2015.

_____. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

PEREIRA JUNIOR, José Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA JUNIOR, José Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações e contratações diretas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 116, ago. 2011. p. 8. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74450>. Acesso em: 20 abr. 2014.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. Saraiva: 2014.

PINDICK, Robert S; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

POSNER, Richard Allen. *Economic Analysis of Law*. 8. ed. New York: Aspen Case Books, 2011.

PRZEWORSKI, Adam. Acerca del diseño del Estado: una perspectiva principal-agente. In: ARGENTINA. Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. *Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: retomando el debate de ayer para fortalecer el actual*. Buenos Aires: Proyecto de Modernización del Estado, 2011. Disponível em: <www.jefatura.gob.ar/archivos/pme/publicaciones/libro_acuna.pdf#page=138>. Acesso em: 12 jul. 2013.

RODRIGUES, Inajara Gravina Kunzler. Sujeito ativo da improbidade administrativa: a responsabilização do terceiro (*extraneus*) por atos ímprobos. *Fórum Administrativo - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009. Disponível em: <www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62504>. Acesso em: 9 fev. 2015.

SAAD, Amauri Feres. Notas sobre o regime jurídico da precificação de obras públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FGCP*. Belo Horizonte, ano 10, n. 111. p. 64-83, mar. 2011.

_____. O controle dos Tribunais de Contas sobre contratos administrativos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. et. al. (coord.) *Direito Administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SALVADOR-CODERCH, Pablo; GAROUPA, Nuno; GOMEZ-LIGUERRE, Carlos. Scope of liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability. *European Journal of Law and Economics*, v. 28, n. 3. p. 257-287, 2009. Disponível em: <escholarship.org/uc/item/1px9k0gz.pdf>. Acesso em: 11 set. 2013.

SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses públicos vs. Interesses privados: descontruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

SCHAFER, Hans Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Cheltenham: Edgar Elgar, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. O Tribunal de Contas e os preços dos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2011.

TARTUCE, Flavio. *A responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*. Revista Jurídica. Porto Alegre: Nota Dez. Ano 50. n. 296, p. 7-18. jun. 2002.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti. (org.) *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o Controle da Legalidade, Economicidade e Legalidade. *Revista de informação legislativa*, v. 31, n. 121. p. 265-271, jan./mar. 1994. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176237>. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 5.

VARIAN, Hal Ronald. *Microeconomia: princípios básicos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

WHITLAM, John; DAVIES, Vitoria; HARLAND, Mike et. al. *Dicionário Collins Gem Inglês-Português, Português-Inglês*. Glasgow: Harper Collins, 1993.

ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANITELLI, Leandro Martins. *Lesão contratual e necessidade: considerações acerca da análise econômica dos contratos lesivos*. Prismas: Direito, políticas públicas e mundialização. Brasília, v. 8, n. 1. p. 117-145, jan./jun. 2011.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

Acórdãos e Decisões

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 579.541/SP. Primeira Turma. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 827.445/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 2 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 Dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.032.732/CE. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 19 de novembro de 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 824.688/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. Brasília, 19 de março de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 7.280. Relator: Min. Henrique D'Ávila. Tribunal Pleno. Brasília, 20 de junho de 1960. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.182/DF. Relator: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Brasília, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.381-AgR. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, 14 de junho de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 55.821/PR. Relator: Min. Vitor Nunes Leal. Primeira Turma. Brasília, 18 de setembro de 1967. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 130.764-1/PR. Relator: Min. Moreira Alves. Primeira Turma. Brasília, 12 de maio de 1992. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 132.747/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, 17 de junho de 1992. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 223.037/SE. Relator: Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Brasília, 2 de maio de 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 149/2001 – Plenário. Tomada de Contas Simplificada. TC 006.575/1999-4. Relator: Min. José Antônio Barreto de Macedo. Brasília, 20 de junho de 2001. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 23 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 15/2002 – Plenário. TC 006.002/1996-0. Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial) Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 27 de março de 2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 13 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 40/2003 – Plenário. TC 005.171/2001-9. Levantamento de Auditoria. Relator: Marcos Bemquerer Costa. Brasília, 29 de janeiro de 2003. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 12 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 67/2003 – 2ª Câmara. TC 325.165/1997-1. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 6 de fevereiro de 2003. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.306/2004 – Plenário. TC 015.183/2003-0. Levantamento de auditoria. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 1º de setembro de 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 21 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.235/2004 – Plenário. TC 013.628/1999-2. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 25 de agosto de 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 12 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.653/2004 – 2ª Câmara. TC 005.686/1998-9. Tomada de contas especial. Relator: Lincoln Magalhães Rocha. Brasília, 2 de setembro de 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 13 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.755/2004 – Plenário. TC 005.528/2003-6. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 23 de novembro de 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 12 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.076/2004 – Plenário. TC 003.089/2001-9. Recurso de Reconsideração. Tomada de Contas Especial. Relator: Raimundo Carreiro. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 12 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 618/2006 – Plenário. TC 003.972/2005-3. Representação. Relator: Min. Marcos Benquerer. Brasília, 26 de abril de 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 16 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 640/2006 – Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. TC 003.197/2001-6. Brasília, 3 de junho de 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.006/2006 – Plenário. TC 009.627/2000-8. Tomada de Contas Especial. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 1º de novembro de 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 02 jan. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 752/2007 – Plenário. TC 006.160/2002-8. Relatório de Auditoria. Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, 2 de maio de 2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 14 Dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.107/2007 – Plenário. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 12 de junho de 2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 17 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.062/2007 – Plenário. TC 005.014/2002-5. Levantamento de Auditoria. Relator: Marcos Vinicius Villaça. Brasília, 3 de outubro de 2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 13 out. 2014.

BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 545/2008 – Primeira Câmara. Representação (Pedido de Reexame). TC 021.203/2003-0, Relator: Min. Marcos Vinicius Vilaça. Brasília, 4 de março de 2008. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 13 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 606/2008 – 2ª Câmara. TC 005.686/1998-9. Tomada de contas especial. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 13 de agosto de 2008. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 13 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.530/2008 – Plenário. TC 003.179/2001-8. Tomada de Contas Especial. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 6 de agosto de 2008. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 20 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.857/2008 – Plenário. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Raimundo Carreiro. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 20 dez. 2014.

BRASIL Tribunal de Contas da União. Acórdão 3.907/2008 – 2ª Câmara. TC 013.070/1996-7. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 30 de setembro de 2008. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 14 Dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.732/2009 – Plenário. TC 015.685/2007-4. Levantamento de Auditoria. Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, 5 de agosto de 2009. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 25 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 621/2010 – 2ª Câmara. TC 003.409/2000-1. Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração). Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 23 de fevereiro de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.092/2010 – Plenário. TC 003.351/2004-2. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Brasília, 19 de maio de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.891/2010 – Plenário. TC 013.685/2009-1. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Walton Rodrigues. Brasília, 4 de agosto de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.130/2010 – Plenário. TC 006.679/2005-1. Levantamento de Auditoria. Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, 25 de agosto de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 12 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3.134/2010 – Plenário. TC 006.551/2008-0. Levantamento de Auditoria. Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 20 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.952/2011 – 2ª Câmara. TC 024.232/2008-6. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. André Luís de Carvalho. Brasília, 29 de março de 2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 21 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.339/2011 – Plenário. TC 000.833/2007-2. Tomada de Contas Especial. Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, 31 de agosto de 2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 12 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3.854/2011 – 2ª Câmara. TC 013.794/2004-5. Representação (Pedido de Reexame). Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 7 de junho de 2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.155/2012 – Plenário. TC 007.403/2010-0. Relatório de Auditoria (Pedido de Reexame). Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 16 de maio de 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.176/2012 – Plenário. TC 030.993/2011-3. Levantamento de Auditoria (Pedido de Reexame). Relatora: Min. Ana Arraes. Brasília, 16 de maio de 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 18 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 4.687/2012 – 1ª Câmara. TC 015.948/2009-3. Prestação de Contas. Relatora: Ana Arraes. Brasília, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 13 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 5.811/2012 – 1ª Câmara. TC 005.720/2007-1. Tomada de Contas Especial Rel. Min. José Múcio Monteiro. Brasília, 25 de setembro de 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 13 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 946/2013 – Plenário. Tomada de Contas Especial. TC 004.526/2001-0. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 17 de abril de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 13 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 454/2014 – Plenário. TC 010.305/2009-0. Tomada de contas especial. Relator: Augusto Sherman. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3.003/2014 – Plenário. TC 021.283/2008-1. Relatório de Auditoria (Embargos de Declaração). Relator: Aroldo Cedraz. Brasília, 5 de novembro de 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br> Acesso em: 12 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 1.090/2001 – Plenário. TC 004.874/2001-4. Levantamento de Auditoria. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 20 de janeiro de 2001. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 ago. 2014.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. AC 70027605575. Relator: Des. Genaro José Baroni Borges. 21ª Câmara Cível. Porto Alegre, 18 de março de 2009. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014.